

**УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

Немања Р. Пандуревић

**КОДИФИКАЦИЈА ЕВРОПСКОГ
ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ -
ПОВОДИ, ПОТРЕБЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ**
докторска дисертација

Београд, 2020

**UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW**

Nemanja R. Pandurevic

**CODIFICATION OF EUROPEAN
COMMERCIAL SALES LAW - REASONS,
NEEDS AND PERSPECTIVES**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2020

Ментор:

др Мирко Васиљевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Марко Ђурђевић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије за одбрану докторске дисертације:

др Мирко Васиљевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Марко Ђурђевић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Радован Вукадиновић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, у пензији

Датум одбране докторске дисертације:

*Докторску дисертацију посвећујем
вери, нади и љубави.*

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов:

КОДИФИКАЦИЈА ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ –
ПОВОДИ, ПОТРЕБЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Сажетак:

Централни предмет истраживања докторске дисертације је утврђивање повода, потреба и перспектива процеса кодификације трговинског права продаје у оквирима Европске уније. При томе се полази од дефинисања самог појма европског трговинског права продаје и основних принципа, као вредносних извора права, који одређује распоред овлашћења и обавеза у правним односима. Европско трговинско право продаје (ЕТПП) представља право у настајању, које настоји да нормира односе између привредних субјеката настале поводом продаје роба на јединственом тржишту ЕУ. Између низа потреба, које представљају материјалне изворе права, као примарни повод за настанак европског трговинског права продаје, издваја се обезбеђивање несметаног функционисања јединственог тржишта, као основног циља Европске уније. Актуелно стање кодификације европског трговинског права продаје представља завршетак почетне фазе, која је одређена функционалном усмереношћу европског права, па се тако нормирање ове правне области врши ради обезбеђивања претпоставки за несметано функционисање јединственог тржишта ЕУ. Скорија историја европских интеграција осликава непрекидно осцилирање у интензитету и начину европеизације права, тако да ће интензитет будућих политичких интеграција у ЕУ одредити начин и судбину процеса кодификације ЕТПП. Ипак, границе будућег ЕТПП су одређене реалним потенцијалима кодификације ЕТПП на нивоу Европске уније, да олакша привредним субјектима унутаревропску трговину.

Кључне речи:

кодификација, право Европске уније, предлог заједничког европског права продаје, нацрт заједничког појмовног оквира, слобода уговарања, савесност и поштење, нацрт српског Грађанског законика, хармонизација, европско трговинско право продаје, Европска унија.

Научна област:

Право

Ужа научна област:

Пословноправна

INFORMATION ABOUT THE DOCTORAL DISSERTATION

Doctoral dissertation title:

CODIFICATION OF EUROPEAN COMMERCIAL SALES LAW - REASONS, NEEDS AND PERSPECTIVES

Abstract:

The central subject of the doctoral dissertation is to identify the reasons, needs and perspectives of the codification process of commercial sales law at the European Union level. It starts with defining the very notion of European commercial sales law and basic principles, as value sources of law, which determines the distribution of rights and obligations between contract's parties. European commercial sales law is an emerging part of EU law that provides for a uniform set of contract law rules applicable on business relations, rising from the sale of goods in the EU single market. Among numerous needs, which represent the substantial sources of law, as the primary reason for the emergence of a European commercial sales law, stands out ensuring the proper functioning of the internal market, as the European Union's primary objective. The current state of codification of European commercial sales law is the completion of the initial phase, which is determined by the function-orientation, therefore making available a uniform set of contract law rules is aimed to contribute to the proper functioning of the internal market. The recent history of European integration reflects the continuing fluctuation in the intensity and mode of europeanization of law, therefore, the intensity of political integration in the EU will determine the way and destiny of the codification process. However, the boundaries of future European commercial sales law are determined by the real potential of codification of commercial sales law at the EU level to facilitate intra-European trade for businesses.

Key words;

Codification, European Union law, Proposal on Common European Sales Law (CESL), Draft Common Frame of Reference (DCFR), freedom of contract, good faith and fair dealing, draft Serbian civil code, harmonization, European commercial sales law, European Union.

Scientific field:

Law

Scientific subfield:

Business Law

СКРАЋЕНИЦЕ

Acquis принципи - Принципи постојећег уговорног права Европске заједнице
АГЗ - Аустријски грађански законик
АТЗ - Аустријски трговачки законик
Бечка конвенција - Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе
ЕСП - Европски суд правде
ЕТПП - Европско трговинско право продаје
ЕУТП - Европско уговорно трговинско право
ЗЕПП - Предлог Уредбе о заједничком европском праву продаје
ЗОО - Закон о облигационим односима
ЈТЗ - Јединствени трговински законик
НГЗ - Немачки грађански законик
НЗПО - Нацрт Заједничког појмовног оквира
НТЗ - Немачки трговачки законик
ОИЗ - Општи имовински законик за Црну Гору
ПЕУП - Принципа европског уговорног права
Рим I - Уредба о праву које се примењује на уговорне односе
Рим II - Уредба о праву које се примјењује на вануговорне
СГЗ - Грађански законик за Краљевину Србију
ТЗКЈ - Трговачки закон за Краљевину Југославију
ТЗКС - Трговачки законик за Књажевство Србију
УЕУ - Уговор о Европској унији
УРС - Устав Републике Српске
УФЕУ - Уговор о функционисању Европске уније
ФГЗ - Француски грађански законик
ФТЗ - Француски трговачки законик
ШГЗ - Швајцарски грађански законик
ШЗО - Швајцарски законик о облигацијама
UNIDROIT принципи - Принципи међународних трговинских уговора

САДРЖАЈ

УВОД.....	12
ПРВИ ДЕО	18
ГЛАВА I	18
ПОЈАМ КОДИФИКАЦИЈЕ И ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ.....	18
1. Појам и значај кодификације грађанског права.....	18
1.1. <i>Настанак и историјски развој кодификације грађанског права.....</i>	18
1.2. <i>Метод и функције кодификације.....</i>	21
1.3. <i>Појам кодификације европског трговинског права продаје.....</i>	23
2. Појам и особине европског трговинског права продаје (ЕТПП)	29
2.1. <i>Садржај појма европског трговинског права продаје.....</i>	29
ГЛАВА II.....	33
ПОЈМОВИ ВИШЕГ РОДА ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ	33
1. Појам и особине европског права	33
1.1. <i>Садржај појма права Европске уније</i>	33
1.2. <i>Однос права Европске уније према праву држава чланица.....</i>	34
1.2.1. <i>Начело директне примене (direct applicability).....</i>	35
1.2.2. <i>Начело директног дејства (direct effect)</i>	35
1.2.3. <i>Начело примата и аутономије права Европске уније.....</i>	37
2. Појам и историјски развој европског уговорног права.....	38
2.1. <i>Појам и извори европског уговорног права.....</i>	38
2.2. <i>Историјски развој европског уговорног права.....</i>	41
2.2.1. <i>Активности академске заједнице на развоју европског уговорног права</i>	41
2.2.2. <i>Активности институција ЕУ у развоју европског уговорног права.....</i>	42
2.3. <i>Особине европског уговорног права</i>	43
2.3.1. <i>Фрагментисаност европског уговорног права</i>	43
2.3.2. <i>Функционална усмереност европског уговорног права.....</i>	44
2.3.3. <i>Вишеслојност и некозистентност европског уговорног права</i>	45
2.3.4. <i>Остале особине европског уговорног права</i>	45
3. Појам и карактеристике уговора у привреди.....	46
3.1. <i>Преглед концепција о појму уговора у упоредном праву.....</i>	46
3.1.1. <i>Концепције о појму уговора у енглеском праву.....</i>	46
3.1.2. <i>Концепција о појму уговора у немачком праву.....</i>	48
3.1.4. <i>Концепције о уговорима у инструментима Европске уније.....</i>	51
3.2. <i>Појам уговора у привреди.....</i>	52
ДРУГИ ДЕО.....	56
ПОВОДИ И ПОТРЕБЕ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ.....	56
ГЛАВА I	58
ПОЛИТИЧКО-СОЦИОЛОШКИ АСПЕКТИ ПОВОДА И ПОТРЕБА	58
1. Историјски развој Европске уније као основе развоја европског трговинског права продаје... 58	

1.1. <i>Од европске идеје до Европске уније</i>	58
1.2. <i>Европска унија на темељима Лисабонског уговора</i>	63
1.3. <i>Од заједничког до унутрашњег тржишта</i>	66
2. Социолошки аспекти процеса кодификације.....	72
ГЛАВА II.....	75
ПРАВНИ АСПЕКТИ ПОВОДА И ПОТРЕБА КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ.....	75
1. Остваривање циљева Европске уније.....	75
2. Превазилажења правног партикуларизма.....	78
3. Достицање правне сигурности.....	79
4. Остваривање законодавне улоге институција Европске уније.....	82
4.1. <i>Опита разматрања</i>	82
4.2. <i>Чланови 114 и 115 УФЕУ као правни основ за хармонизацију</i>	83
4.3. <i>Правни основ утемељен на члану 169 УФЕУ</i>	85
4.4. <i>Правни основ утемељен на члану 81 УФЕУ</i>	86
4.5. <i>Правни основ утемељен на члану 352 УФЕУ</i>	86
4.6. <i>Закључак</i>	87
ГЛАВА III.....	88
ЕКОНОМСКИ АСПЕКТИ ПОВОДА И ПОТРЕБА КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ.....	88
1. Општа разматрања.....	88
2. Резултати спроведених истраживања.....	88
3. Анализа резултата истраживања.....	91
3.1. <i>Афирмациони ставови у погледу кодификације</i>	91
3.2. <i>Негациони ставови у погледу кодификације</i>	92
4. Закључак.....	94
ТРЕЋИ ДЕО.....	96
ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ.....	96
ГЛАВА I.....	97
ЗНАЧАЈ ПРИНЦИПА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ.....	97
1. Појам правних принципа.....	97
1.1. <i>Однос између правних принципа и правних правила</i>	98
1.2. <i>Значај правних принципа</i>	100
1.3. <i>Формализација принципа европског уговорног права</i>	101
ГЛАВА II.....	103
ПРИНЦИП СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА.....	103

1. Појам слободе уговарања.....	103
2. Основне слободе јединственог тржишта и слобода уговарања	105
3. Ограничења слободе уговарања.....	106
4. Однос између слободе уговарања и заштите конкуренције	109
5. Специфичности примене принципа слободе уговарања у упоредном праву	110
6. Трансформације принципа слободе уговарања у нашем праву	112
ГЛАВА III.....	114
ПРИНЦИП САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА.....	114
1. Опште одлике принципа савесности и поштења.....	114
2. Принцип савесности и поштења у немачком праву	115
3. Принцип савесности и поштења у француском праву.....	116
4. Принцип савесности и поштења у енглеском праву	117
5. Принцип савесности и поштења у нашем праву	118
6. Принцип савесности и поштења у европском трговинском праву продаје	120
ЧЕТВРТИ ДЕО	122
СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВА КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ	122
ГЛАВА I	122
СТАЊЕ И ИЗАЗОВИ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ	122
1. Особености кодификације европског трговинског права продаје	122
2. Место европског трговинског права продаје у приватном праву	123
3. Изазови развоја европског трговинског права продаје.....	124
3.1. Јединствено или одвојено регулисање трговинских и других уговора	127
3.2. Оптимални географски ниво за кодификацију правила продаје	130
3.3. Субјекти кодификације европског трговинског права (продаје).....	134
3.3.1. Национална држава као субјект изградње европског трговинског права	134
3.3.2. Европска унија као носилац развоја трговинског права	136
3.3.3. Међународне организације и академска заједница	137
3.4. Начини изградње европског трговинског права (продаје).....	139
3.4.1. Негативна хармонизација.....	139
3.4.2. Хармонизација грађанског права путем директива.....	142
3.4.3. Од директива ка уредбама?.....	143
3.4.4. Меко право као нова <i>lex mercatoria</i>	144
ГЛАВА II.....	146
ПЕРСПЕКТИВЕ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ.....	146

1. Увод	146
2. Перспектива развоја након политичког неуспеха	146
3. Улога Европског трговинског права у пословању на јединственом тржишту	150
4. Економска оправданост кодификације европског трговинског права продаје	152
5. Усвајање Уредбе о јединственом европском трговинском праву продаје.....	154
ЗАКЉУЧАК	157
ЛИТЕРАТУРА	163

УВОД

Трговинско право продаје било је до сада углавном кодификовано на националним нивоима, а међународни оквир добило је тзв. Бечком конвенцијом, која је један од најратификованијих међународних правних инструмената. Европски правни оквир последњих година обележен је напорима да се нађе начин за усвајање обавезујућег правног акта, који има претензије кодификације уговорног права, па тако и трговинског права продаје на овом нивоу. У контексту тога поставља се питање односа те будуће кодификације и Бечке конвенције о међународној продаји робе, као и односа са националним кодификацијама, које имају многе европске земље. Како је реч о основном уговору робног промета, уговору о продаји, који је практично осовина привредноправног промета, то постоји наглашен и научни интерес да се дају одговори на питања повода за овакву кодификацију, питање потреба овакве кодификације и коначно питање перспектива овакве кодификације. Да ли је уопште оваква кодификација у постојећем правном оквиру изводљива и оправдана или је просто реч о теоријским конструкцијама?

Економска и политичка интеграција земаља чланица данашње Европске уније од средине XX века довела је до стварања једног од највећих јединствених тржишта на свету, с годишњим прометом роба у износу од 2.800 милијарди евра.¹ Међутим, економску и политичку интеграцију не прати интеграција у области уговорног трговинског права, јер не постоји јединствена или усклађена правна регулатива која регулише унутаревропску трговину и продају роба² и услуга између привредних субјеката. Поређењем Европске уније са другим тржиштима сличне величине уочава се недовољна развијеност правне регулативе, нпр. САД су давно усвојиле Јединствени трговински законик (*Uniform Commercial Code – UCC*). Управо развој европског уговорног трговинског права, нарочито европског трговинског права продаје треба да доведе до развоја свеобухватног скупа правних норми који ће олакшати промет на унутрашњем тржишту између привредних субјеката. С обзиром на то да не постоји јединствена и општеприхваћена дефиниција, изложићемо три могућа концепта појма европског трговинског права продаје.

Према ужем концепту, европско трговинско право продаје обухвата правне норме, садржане у примарним и секундарним изворима права Европске уније, које уређују трговинске односе настале по основу продаје роба на унутрашњем тржишту Европске уније, као и јуриспруденција Европског суда правде по овом питању. Ужи појам садржи мали број релевантних правила *acquis communautaire*, с обзиром на то да се највећи број одредби уговорног *acquis*-а односи на потрошачко право. Тренутни позитивноправни прописи ЕУ представљају *ad hoc* одговоре на појединачне проблеме који су се јављали приликом склапања трговинских уговора и одвијања трговинског пословања на јединственом тржишту. Овако дефинисано европско трговинско право продаје, односно европско уговорно трговинско право, представља изолована острва у мору уговорног права држава чланица.³ Свођење европског трговинског права продаје на *non-consumer acquis*,⁴ ограничило би његов домет у будућности, јер из ових извора није могуће извести опште принципе и правила, нити развити конзистентан систем европског уговорног трговинског права, односно европско трговинско право продаје.

¹ Eurostat, Intra-EU trade in goods, доступно на: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Intra-EU_trade_in_goods_-_recent_trends#Main_statistical_findings, 2.12.2016.

² За потребе овог рада, термин „Intra-EU trade“ преводићемо као „унутар-ЕУ трговина“ или „унутаревропска трговина“. Осим њега, користићемо и термин „унутаревропска продаја роба“ као ужи појам који означава продају роба између 28 држава чланица Европске уније.

³ Christian Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law: Current Controversies in Law*, London 2008, 10.

⁴ *Ibid.*

Шири појам европског трговинског права продаје обухвата правно обавезујуће прописе који се примењују за регулисање унутаревропске продаје роба између привредних субјеката, без обзира на формалног доносиоца. Осим прописа које су усвојиле институције ЕУ, у оквир појма улазе и прописи усвојени од стране институција држава чланица, као и међународних организација. На пример, уколико у уговору о продаји робе, између привредних субјеката из различитих држава чланица ЕУ, стране нису уговорно одабрале меродавно право које ће се примењивати на конкретан уговор, онда ће се применом одредби Уредбе Рим I доћи до права државе у којој продавац има седиште централне управе.⁵ У случају да примена колизионих норми Уредбе Рим I доводи до примене права државе чланице ЕУ, која је ратификовала Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција – *CISG*), доћи ће до примене Бечке конвенције. Шире тумачење појма европског трговинског права продаје, оправдано узима у обзир и правила која није усвојио европски законодавац, али представљају обавезујуће правне акте, на које упућују и одредбе европског колизионог права. Регулисање унутаревропског трговинског посла продаје без узимања у обзир националног права и међународних конвенција не одговара стварности, јер управо јединство правила европског права у ужем смислу, националног права и међународних конвенција чини правни режим који покрива све аспекте трговинског односа на јединственом тржишту Европске уније.

Најшири појам европског трговинског права продаје, уз горе наведена правила, обухвата и необавезујуће правне инструменте (*soft law*). Необавезујући правни инструменти представљају генусни појам, у који су укључени различити извори права, којима је заједничко да нису правно обавезни све док се странке на њих не позову. Тако се у Уредби Рим I изричито наводи да „ова Уредба не спречава уговорне стране да се у уговору позову на недржавно право...“.⁶ Под необавезујућим правним инструментима обично подразумевамо ставове и радове академске заједнице и међународних организација на хармонизацији уговорног (трговинског) права, обичаје, опште услове пословања, трговинске клаузуле и термине, и сл. Иако је реч о правно необавезујућим актима, њихова важност је велика јер имају вишеструку намену: прво, ови акти могу послужити као платформа за израду будућих правно обавезних инструмената хармонизације; друго, неспорна је корист формулисања принципа у приближавању континенталног и *common law* права; треће, принципи могу послужити као узор и водич националним законодавцима и судовима код решавања правних питања и тумачења права ЕУ; четврто, ови акти могу бити извор права за странке ако уговоре њихову примену.

Оно што је заједничко за сва три концепта појма је да европско трговинско право продаје представља право у настајању, које настоји да нормира односе између привредних субјеката настале поводом продаје роба на јединственом тржишту ЕУ. Оваква дефиниција европског уговорног трговинског права открива осовне елементе појма. Прво, европско трговинско право продаје је право у настајању, што значи да не представља заокружену и усклађену грану права. Постојање европског трговинског права продаје више је везано за правну доктрину, и оно што би могло да постане у догледној будућности, него за позитивноправне прописе. Друго, европско трговинско право продаје регулише трговинске уговоре о продаји роба унутар јединственог тржишта Европске уније. Под ЕУ-трговинским уговорима о продаји роба могу се подразумевати уговори о продаји које закључују између себе привредни субјекти, правна и физичка лица, у обављању или у вези са обављањем делатности или професије, на унутрашњем тржишту Европске уније.

Појам кодификације у теорији и пракси европског права служи да опише процес усмерен ка стварању једног конзистентног ентитета правних правила и институција, који ће бити лако применљив и доступан субјектима права. Кодификација треба да покрије читаву

⁵ Уредба о праву које се примењује на уговорне односе из 2008. године – *Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, OJ L 177, 4.7.2008 (даље у фуснотама: Уредба Рим I), члан 4, став 1, тачка а, и члан 19, став 1.

⁶ Уредба Рим I, рецитал 13.

област права, нпр. области приватног права, или породицу права, нпр. грађанско право или грану права, нпр. трговинско право. Тако се у европској правној теорији употребљавају термини Европски грађански законик (*European Civil Code*) и Европски законик о уговорном праву (*European Contract Code*), ради описивања процеса усмереног ка потпуном регулисању одређених правних области. Иако кодификација подразумева потпуно регулисање бар једне гране права, у теорији европског права говори се о кодификацији ужих целина, као што су подгране права, на пример, Европски законик о заштити потрошача (*European Consumer Code*). У том светлу треба разумети и кодификацију европског трговинског права продаје.

У овој дисертацији се полази од става да од кодификације треба разликовати унификацију права, јер иако кодификација и унификација, по правилу, иду заједно, ипак није нужно да се поклапају.⁷ Тако је могуће да је право кодификовано, јер су сва питања регулисана, али да није унификовано, јер постоји више правних подручја, или да је делимично партикуларно, а делимично јединствено.⁸ Унификација у националном праву остварује се или путем више закона (кодификација у ширем смислу), или путем једног свеобухватног законика (кодификација у ужем смислу). Слична је ситуација и у контексту европског права.⁹ Процес кодификације грађанског права на нивоу ЕУ обухвата и знатан број тзв. „незаконодавних“ кодификација.¹⁰

Кодификација европског трговинског права продаје има за циљ означавање три различита аспекта процеса који се одвијају у праву Европске уније и праву држава чланица од краја XX века:

- Кодификација европског трговинског права продаје представља развој трговинског права продаје на нивоу Европске уније. Из овог угла, кодификација подразумева детериторијализацију и денационализацију трговинског права продаје и његову изградњу на позицији наднационалног права.
- Кодификација европског трговинског права продаје подразумева „уградњу“ националног трговинског права продаје држава чланица у вишеслојни систем Европске уније. Из овог угла, кодификација трговинског права осликава нову расподелу надлежности и односа снага између учесника у Европској унији као „вишеслојном систему политичког управљања“, која је праћена трансформацијом „националне државе“ у „регулаторну тржишну државу“.
- Кодификација европског трговинског права продаје је синоним за европеизацију, односно хармонизацију трговинског права продаје, која треба да резултује усвајањем „Европског грађанског законика“, или „Европског законика о уговорном праву“, који ће регулисати и област европског трговинског права продаје.

Могуће је истаћи низ примедби на преслободно дефинисање горе наведених појмова. Пре свега, поставља се питање да ли се уопште може говорити о кодификацији тако уског дела права као што је европско трговинско право продаје? Иако није уобичајено говорити о кодификацији ужих делова права, у овом случају оправдано је направити изузетак, јер се тиме жели нагласити исход, резултат процеса европеизације, односно хармонизације, који је управо започет крајем XX века у Европској унији. Акценат је на исходу процеса, тј. на „Европском грађанском законнику“, или „Европском законнику о уговорном праву“, који ће регулисати и европско трговинско право продаје. У овом контексту, може се говорити и о „етапној кодификацији“ која осликава европски метод регулисања „сектор по сектор“.

⁷ Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 10.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Nils Jansen, „Dogmatising Non-legislative Codifications: Non-legislative Reference Texts in European Legal Discourse“, *The Foundations of European Private Law* (eds. Roger Brownsword, Hans-Wolfgang Micklitz, Leone Niglia, Stephen Weatherill), Oxford 2011, 31.

Иако у овом тренутку коришћење појма кодификације, у овом смислу, може да звучи као преувеличавање, потребно је присетити се историје развоја класичних кодификација националних држава. Наиме, формалне припреме за израду текста Немачког грађанског законика трајале су 22 године, иако су за основу имале развијену пандектарну правну традицију.¹¹ Рад на изради и усвајању Аустријског грађанског законика трајао је 58 година.¹² Имајући у виду трајање процеса кодификације у националним државама, можемо да закључимо да смо тек на почетку вишедеценијског процеса кодификације европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје.

С обзиром на то да у пракси и теорији права не постоји јединствен став о појму европског трговинског права продаје, предмет ове дисертације је анализа садржаја овог појма, повода и потреба за његову кодификацију, као и антиципација перспективе његовог развоја. Детаљна анализа повода и потреба кодификације трговинског права продаје на нивоу ЕУ, даће нам одговор и потврду основне хипотезе да ће усклађивање домаћег трговинског права продаје, у мери у којој је то сврсисходно, са правилима европског трговинског права продаје, довести до олакшавања пословања између домаћих привредних субјеката са привредним субјектима из ЕУ. Поводи и потребе који одређују развој европског трговинског права продаје су идентични са потребама домаћих привредних субјеката приликом трговања са привредним субјектима из Европске уније. Проналажење мере у усклађивању домаћег трговинског права продаје са правилима европског права није детерминисано искључиво правним разлозима или, пак, проналажењем заједничког правног наслеђа, него је у знатној мери одређено економским разлозима и стављањем домаћих привредних субјеката у конкурентан положај у поређењу са привредним субјектима из Европске уније. Уколико се може очекивати да ће у одређеном тренутку „академски нацрт Заједничког појмовног оквира“ прерасти у политички, правно обавезни извор приватног права у Европској унији, или ће доћи до усвајања Уредбе о заједничком европском праву продаје, онда је оправдано и сврсисходно усмеравати развој домаћег права у том смеру, како би развој домаћег права ишао у корак с временом и обезбедио повољан положај домаћим привредним субјектима. Циљ дисертације је креирање оквира за разумевање појма европског трговинског права продаје и указивање на квалитативан допринос његовог развоја обезбеђивању несметаног пословања између привредних субјеката на јединственом тржишту.

Уз увод и закључак, дисертација је изложена у четири основна дела, која су даље подељена на главе и поглавља. Први део носи назив „Појам кодификације европског трговинског права продаје“. У оквиру прве главе анализира се садржај појма кодификације, како уопштено, тако и специфично, у погледу кодификације европског трговинског права продаје. Да би се, у петој глави, дала прецизна и тачна дефиниција појма европског трговинског права продаје, неопходно је било у другој глави претходно анализирати појам и особине права Европске уније, затим, у трећој глави, подсетити се развоја европског уговорног права, а у четвртој глави анализирати појам и концепције уговора у привреди. Тако се до садржаја појма „европског трговинског права продаје“ дошло кроз читав низ анализа саставних делова овог сложеног појма.

У другом делу дисертације, под називом „Поводи и потребе кодификације европског трговинског права продаје“, врши се анализа материјалних извора као потреба који доводе до настајања права, а који су често различити и условљени. У својој укупности, потребе и поводи су обликовали и европско трговинско право продаје и одредили његове основне карактеристике. У циљу дубљег разумевања особина европског трговинског права продаје, као и тенденција у даљем развоју, било је неопходно анализирати примарне и секундарне поводе и потребе. Као примарни повод за настанак европског трговинског права продаје

¹¹ Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005, 12.

¹² R. Zimmermann, „Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law“, *ERCL* 8/4/2012, 392.

издваја се потреба за успостављањем и одржавањем несметаног функционисања унутрашњег тржишта Европске уније. Осим примарног, могуће је одредити и секундарне, односно изведене поводе, као што је, остваривање политичких и друштвених циљева, превазилажење правног партикуларизма, достизање високог степена правне сигурности, остваривање законодавне улоге институција ЕУ, смањење трансакционих трошкова, уклањање препрека како би се искористиле могућности које пружа интернет, повећање БДП и запослености. У првој глави представљени су политичко-социолошки аспекти повода и потреба, с посебним освртом на развој јединственог тржишта, као одраза економске и политичке интеграције чланица Европске уније. У другој глави, износе се правни аспекти повода и потреба, и то кроз разматрање циљева Европске уније, као што су: превазилажење правног партикуларизма, достизање правне сигурности и остваривање законодавне улоге институција Европске уније. У следећој глави анализирани су економски разлози за кодификацију европског трговинског права продаје. Опште је познато да унутаревропска трговина узрокује веће трошкове него трговина унутар граница једне државе чланице. Међутим, поставља се питање да ли је увећање трошкова, услед различитих националних уговорних права, довољно велико да одврати привредне субјекте од обављања унутаревропске трговине. Уколико је увећање трошкова толико да узрокује само незнатну баријеру приликом обављања унутаревропске трговине, онда не постоји оправдање за хармонизацију и унификацију различитих права држава чланица ЕУ у области уговорног права. До одговора на ова питања може се доћи једино кроз израчунавање трошкова унутаревропске трговине под постојећим условима, и предвиђање позитивних последица у случају усвајања заједничког европског трговинског права продаје.¹³

Трећи део носи наслов „Основни принципи кодификације европског трговинског права продаје“ и анализира вредносне (идејне) изворе европског трговинског права продаје. Док материјални извори права представљају узроке који доводе до стварања права, дотле вредносни извори права одређују начин на који треба нормирати правне односе, тако да се утврди положај субјекта у правном односу, кроз прецизно дефинисање права и обавеза какве ће имати. У првој глави говори се о појму и значају правних принципа уопштено, док се у другој глави детаљно анализира принцип слободе уговарања. Према доктрини аутономије воље, права и обавезе настају на основу слободно изражене воље. Обавезна снага правних послова заснива се на вољи, а не на закону. Воља појединца је аутономна, и она је изнад закона, тако да воља може да дерогира прописе, осим оних који се тичу јавног поретка. Сагласношћу воља настаје уговор који везује стране уговорнице као закон. Значај који је придаван принципу слободе уговарања био је различит у појединим историјским периодима и правно-политичким системима. У трећој глави врши се анализа принципа савесности и поштења, и то кроз анализу објективног и субјективног концепта.

У четвртом и последњем делу дисертације, под насловом „Стање и перспективе кодификације европског трговинског права продаје“ разматрају се различита мишљења о донетима, границама и циљевима европског трговинског права продаје. Пред европског законодавца поставља се више дилема у погледу даљег развоја. Прва дилема односи се на питање да ли је могуће и пожељно јединствено регулисање трговинских уговора и грађанских уговора, односно потрошачких уговора? Друга дилема поставља питање да ли будућа правила треба да се примењују само на уговорне односе између привредних субјеката унутар ЕУ, или је оправдано да се њихова примена прошири и на међународну трговину, као и на трговину унутар граница једне државе. Трећа дилема се односи на одређивање субјеката и њихове улоге у процесу кодификације европског уговорног трговинског права. Четврта дилема се односи на одабир мера, које су најадекватније за остваривање циља. У првом поглављу друге главе последњег дела биће описане могућности развоја европског трговинског права продаје у наредним годинама, узимајући у обзир политички неуспех

¹³ Andreas Schwartze, „Design for an Empirical Data Investigation Into the Impact of Existing Contract Law Harmonization Under the White Paper of 1985“, *An Academic Green Paper on European Contract Law* (eds. Stefan Grundmann, Jules Stuyck), Hague 2002, 60.

предлога Уредбе заједничког европског права продаје и нацрта Заједничког појмовног оквира. Након што су у децембру 2015. године предложене три директиве које су засноване на ЗЕПП, али које за циљ имају стварање јединственог дигиталног тржишта ЕУ, било је јасно да развој европског трговинског права продаје неће ићи у правцу усвајања предлога Уредбе о заједничком европском праву продаје. Предложене директиве, у оквиру Стратегије за јединствено дигитално тржиште ЕУ, пре свега се фокусирају на потрошачке уговоре код дистанционе продаје. У другом поглављу биће анализирана будућа улога трговинског права код пословања на унутаревропском тржишту, док ће треће поглавље бити посвећено усвајању општег правног инструмента европског трговинског права продаје од стране институција ЕУ, као једног од сценарија развоја.

С обзиром на природу основне хипотезе, која обједињује теоријску мисао и практичну делатност, било је потребно користити дијалектички метод као научни поступак истраживања и објашњавања појава заснованих на спознаји стварности у циљу постизања међусобне усклађености мисаоне и искуствене стварности. Дијалектички метод све појаве анализира у процесу, у вези с другим појавама, у међусобној условљености и повезаности, открива у њима иманентне супротности и противречности, узајамна негирања одређених стања и настајања нових квалитета. Ради објашњавања промена и развоја европског трговинског права продаје коришћени су нормативни акти, постојећи статистички подаци, домаћа и страна литература, подаци из судских и арбитражних пресуда, као и други прикупљени подаци.

У циљу утврђивања истинског садржаја правних норми коришћен је догматски метод. У тумачењу правних норми полазило се од језичког тумачења, а кад то не би било довољно, прибегавало се системском тумачењу ради довођења норми које се тумаче у везу са другим нормама, телеолошком тумачењу ради одређивања циља коју та норма треба да оствари, као и социолошком тумачењу које треба да објасни намеру креатора норми и друштвене интересе, који треба да се остваре. Свако дубље објашњење друштвених појава и процеса мора узимати у обзир њихову историјску димензију, тако да је заступљен и историјски метод.

Због бољег разумевања правних концепција, решења и института који су део европског уговорног права који своје корене налази у различитим правним традицијама, примењиван је упоредноправни метод. У раду је коришћен и аксиолошки метод, као метод којим се вреднују правне појаве, а нарочито на крају сваке главе. Основне логичке методе које су биле коришћене у раду су: анализа и синтеза, индукција и дедукција, апстракција и конкретизација, као и аналогија и компаративна метода.

ПРВИ ДЕО

ГЛАВА I

ПОЈАМ КОДИФИКАЦИЈЕ И ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

1. Појам и значај кодификације грађанског права

1.1. Настанак и историјски развој кодификације грађанског права

У правној терминологији „кодекс“ и „кодификација“ означавају збирку правних правила која регулишу читаву област људских односа. Термин кодификација добија савремено правничко значење тек почетком XIX века. Сам термин кодекс почиње се користити за означавање збирке закона почетком XIII века. У римској литератури термин кодекс се користи за означавање књиге као форме писања закона, за разлику од писања на свитку, смотуљку папируса.¹⁴ Постоје значајне разлике, по форми и садржини, између античких, савремених и модерних кодификација, како на националном, међународном и наднационалном нивоу (нпр. нивоу ЕУ), те је зато веома тешко дати дефиницију која би обухватала све њене манифестације.¹⁵ Стога ћемо у даљем тексту кренути од дефиниције националне кодификације грађанског права. Грађанска кодификација јесте централно, заокружено, усклађено, систематско и потпуно уређење целокупног или готово целокупног грађанског права у једном великом закону, који због свог централног значаја у правном систему носи назив законик, како би се разликовао од осталих обичних закона.¹⁶

Кодификација означава не само свеобухватну збирку правних правила, него и саму активност стварања кодекса, законика. У том смислу кодификација представља један од метода правне технике.¹⁷ С обзиром на то да кодификација грађанског права и трговинског права продаје не постоји као збирка правних правила у Републици Србији и Републици Српској, нити у Европској унији, термин кодификација се везује за процес централизовања и сређивања правних извора у облику законика или кодекса који регулишу одређену правну материју.¹⁸ Кодификација подразумева да се у виду новоствореног текста начини кохерентна целина потпуно нових, до сада непостојећих норми, ређе да се само мењају постојеће правне норме или чак и не мењају, али постају законске и обавезујуће.¹⁹

У циљу дубље анализе повода и потреба кодификације европског трговинског права продаје, неопходно је схватити појам кодификације као процес, посебну технику обраде правних правила, који није самосталан фактор независан од утицаја правила који се кодификују, већ је помоћно средство које се не може одвојити од ових правила. При свакој употреби технике у праву мора се строго водити рачуна о унутрашњој суштини односног права и сваке правне норме, о његовом циљу и смислу. Зато се техничка средства не смеју узимати самостално и независно од основних циљева односног права; она се могу правилно употребити само ако се схвате као средство за остварење циља.²⁰ Узимајући у обзир ово опажање професора Лукића, у циљу разумевања појма кодификације, у смислу овог рада, неопходно је почети од проучавања европског права у целини и основних законитости његовог развоја. Како се једино на овај начин може добити јаснија слика о кодификацији

¹⁴ Магдолна Сич-Фејеш, *Codex Theodosianus*, докторска дисертација, Београд 1991, 8.

¹⁵ *Ibid.*, 9.

¹⁶ Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2017, 91.

¹⁷ Милан Шаховић, *Опита питања кодификације међународног права*, докторска дисертација, Београд 1958, 5.

¹⁸ Вид. Радомир Лукић, *Теорија државе и права, II књига, теорија права*, Београд 1954, 183-185.

¹⁹ В. Водинелић, 91.

²⁰ Р. Лукић, 178.

европског трговинског права продаје, анализираћемо у овом делу питања историјског развоја, правне природе, материјалних и формалних извора права Европске уније и могуће путеве његовог развоја.

У општој теорији права врши се раздвајање кодификације националног, међународног и наднационалног права. С обзиром на то да је право Европске уније *sui generis* наднационално право, с особинама карактеристичним како за национално право, тако и за међународно право, потребно је анализирати садржај појма кодификације за национално право и за међународно право. Да би се у потпуности протумачила суштина кодификације, као метод правне технике, потребно је одредити утицај који се приликом њене примене врши на садржину правних правила која се кодификују.

У теорији међународног права, поставља се питање да ли се кодификација своди на прикупљање, систематизацију и јасно формулисање дотле постојећих правила²¹ или кодификација треба да представља израду нових правила и допуњу постојећег права, постајући на такав начин саставни део законодавне технике.²² Подела на „чисте кодификације“ и кодификације „прогресивног развоја“ извршена је у Статуту Комисије за међународно право. Тако је утврђено да се израз „прогресивни развој“ употребљава у случајевима код којих се ради о редиговању конвенција о оним питањима која нису још регулисана међународним правом или у погледу којих још увек није довољно развијено право у пракси. С друге стране, термин „кодификација“ користи се у смислу „чисте кодификације“ тј. употребљен је само за оне случајеве код којих се ради о прецизнијем формулисању и систематизовању правила међународног права у областима у којим већ постоји значајна државна пракса, прецеденти и доктринарна гледишта.²³ Ипак, уско дефинисање појма кодификације у Статуту, да се лако превазићи ако се кодификација схвати као стваралачки процес, јер свако поновно прецизније формулисање постојећег права садржи у себи стваралачку ноту. Овакво дефинисање појма кодификације имало је за циљ да кочи прогрес међународног права, под плаштом правничке и теоријске чистоте.

У националним правима, према ужем тумачењу, кодификација подразумева једну законодавну власт, један извор права и јединствено правно подручје, у којем је унификација већ извршена.²⁴ Мишљења смо да је ово тумачење преуско и одговара само појму кодификације грађанског права у националним државама. Актуелни појам кодификације у Европској унији је доста шири. Свакако да је кодификација више од компилације,²⁵ консолидације²⁶ или инкорпорације²⁷ правних норми, али разликовање није одсечно јер се, на пример, при компилацији и инкорпорацији неизбежно у одређеној мери ствара и ново право, односно мења већ постојеће, да би се створила кохерентна целина.²⁸ За потребе овог рада, а на основу уобичајене терминологије европског права, појам кодификације тумачићемо шире, тако да обухвата и прогресивни развој.

Процес доношења кодификација грађанског права од стране националних држава, започет је након француске грађанске револуције и траје све до данас.²⁹ Прве велике грађанске кодификације³⁰ имале су неке заједничке особине:

²¹ Милан Бартош, „Концепција ‘чисте кодификације’ као кочница прогресивног развоја међународног права“, *Глас САНУ* 10/1961, 1.

²² М. Шаховић, 49.

²³ *Ibid.*, 53.

²⁴ Сава Аксић, „Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа“, *Хармонизација грађанског права у региону* (ур. Милан Томић), Источно Сарајево 2013, 207.

²⁵ Компилација представља објављивање збирке већ важећих правних норми.

²⁶ Консолидација представља сређено објављивање у једном акту већ постојећег, али расутог права које уређује сродну правну материју.

²⁷ Инкорпорација је укључење групације норми у постојећу кодификацију.

²⁸ В. Водинелић, 92.

²⁹ Нови грађански законици су донети у Холандији (1992), Квебеку (1994), Естонији (2002), Румунији (2011), Чешкој Републици (2014), Мађарској (2014).

- биле су одраз епохе просветитељства, тако да је ново кодификовано право требало да штити једнакост грађана, слободу уговарања, слободу економске активности, итд.;

- настале су под утицајем учења школе природног права, која је учила да постоји трансцедентни систем вредности којем људско право не сме да противречи;

- биле су одређене позитивистичким приступом праву, који је заступао уверење да једна нација, уколико жели да буде модерна, мора да организује цео правни живот на кодификацији. Према овом приступу аутентична форма права је у законима;

- биле су коришћене с циљем да креирају правни систем на основу принципа националног јединства; тако је грађански законик постао један од симбола националне државе једнако као и химна, застава, грб и химна;

- служиле су поједностављивању права и олакшавању приступа праву, као и уједначавању права.³¹

Уз наведене сличности, кодификације XIX века разликују се по историјском контексту који им је претходио, па тако једна група кодификација представља резултат револуционарних покрета, док друга група кодификација има за сврху консолидацију постојећих друштвених односа.³² Пример прве генерације грађанских кодификација је свакако Француски грађански законик (1804) и касније Аустријски грађански законик (1811), и њихови правни следбеници.³³ Грађански законици прве генерације рађени су са идејом да буду свеграђански, да створе јединствено право за све грађане, а не једне за грађане, друге за буржоазију, а треће за сељацима.³⁴ Пример друге генерације грађанских законика су Немачки грађански законик (1806) и Швајцарски грађански законик (1804), који су настали из потребе да се конзервира одређена друштвена ситуација. Друга генерација су грађански законици индустријског друштва, који доносе плодове обе гране историјске правне школе, пандектистике и правног позитивизма.³⁵ Законици прве и друге генерације имали су за циљ стварање државног правног јединства и јединственог националног тржишта. Трећу генерацију чинили су грађански законици социјалистичких држава,³⁶ који су свели грађанско право на имовинско право.³⁷ Најновију генерацију грађанских законика чине законици попут холандског (1992), бразилског (2002), укључујући и законице бивших социјалистичких држава, коју карактерише употреба неодређених правних појмова и генералних клаузула, чиме се конкретизација норми, у већој мери него раније, препушта пракси и теорији.³⁸

Предмет регулисања кодификација је грађанско право, у смислу целине која обухвата стварно, облигационо, породично и наследно право. Међутим, између кодификација постоји размимоилажење у погледу унутрашње систематике те материје. Једна од доминантних систематика је институциона систематика, чији је творац римски правник Гај који је изнео тзв. трипартитну поделу целокупног права, а не само грађанског у савременом смислу.³⁹ По овој подели право се односи или на лица (статусно и породично право) или на ствари (стварно, облигационо и наследно право) или на тужбе (процесно право). Гајева

³⁰ Француски грађански законик (1804), Аустријски грађански законик (1811), Српски грађански законик (1844), Општи имовински законик за Црну Гору (1888), Немачки грађански законик (1806), Швајцарски грађански законик (1804).

³¹ Фикрет Карчић, *Модерне правне кодификације*, Сарајево 2006, 26.

³² *Ibid.*, 27.

³³ Нпр. Српски грађански законик (1844).

³⁴ В. Водинелић, 101.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Руски грађански законик (1922), Чешки грађански законик (1950), Мађарски грађански законик (1959), Основи грађанског законика СССР-а и грађански законици свих република СССР-а (1964), Грађански законик ДДР-а (1975), Општа начела грађанског законика НР Кине (1986).

³⁷ В. Водинелић, 101.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Раденка Цветић, „Систематика грађанских законика“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002, 42.

трипартиција, уз мање корекције, нашла је примену у Аустријском грађанском закону, који иза кратког увода садржи три посебна дела.

Друга систематика је пандектарна систематика, која се везује за име Карла Фридриха фон Савињија (*Carl Friedrich von Savigny*), који је целокупну материју грађанског права систематизовао у пет целина: општи део, стварно, облигационо, породично и наследно право. Пандектна систематика због своје сталности, логичности и практичности врло брзо је била примењена у кодификацијама, пре свега, у Немачком грађанском закону, као и у Швајцарском грађанском закону, где је доживела мању модификацију у виду замене „општег дела“ са кратким „уводним делом“.⁴⁰

Врло оригиналну систематику има Општи имовински законик који материју распоређује на шест делова. Први део садржи уводна правила, други регулише стварноправне односе, трећи је посвећен облигационом праву, док се четврти односи на уговоре уопштено, пети део је посвећен статусним питањима, а шести део садржи објашњења, одређења и допуне.⁴¹

Потребно је узети у обзир да је у периоду после I светског рата наступио процес декодификације, када се грађанско право развијало умногоме ван законика, тако да постојећи грађански законици нису обнављани новим нормама, него су доношени засебни, одвојени закони или су чак делови кодификација издвајани у посебне законе.⁴² Значајан део тих посебних закона настао је из потребе да се заштити слабија страна (закупци, деца, потрошачи) или да се посебно обраде поједине области привредних активности (трговина, радни односи, интелектуална својина). Ова права (потрошачко, трговинско, интелектуално, радно, итд.) се називају новоразвијена права и заједно са савременим грађанским правом (општи део, стварно право, облигационо, наследно) чине појам модерно грађанско право.⁴³ Новоразвијена права су динамичнија, док је савремено грађанско право стабилније. Осим тога, новоразвијена права дефинишу сложеније односе, стога правила садрже детаљније норме. Такође, новоразвијена права више ограничавају аутономију воље, слободу уговорања и располагања.⁴⁴ Грађанско право ЕУ чине десетине директива и уредби. Ти прописи из делова савременог грађанског права, и то из облигационог права, доношени су углавном од краја двадесетог века, док су им претходили прописи из области новоразвијених права.⁴⁵ Кодификација европског грађанског права, изложена у нацрту Заједничког појмовног оквира⁴⁶ (НЗПО) и другим пројектима кодификације, одговара појму модерног грађанског права, са јаким нагласком на специфичности новоразвијених права.

1.2. Метод и функције кодификације

Израда текста законика одувек је била везана за познате правнике тог доба или комисије правника,⁴⁷ док је предуслов за усвајање и примену била стабилна централна власт.⁴⁸ Кодификатори су морали да имају осећај мере имајући у виду приоритетну сврху кодификације – олакшати правни саобраћај уз обезбеђење неопходног степена правне

⁴⁰ Уочљив је утицај ШГЗ на одредбе Скице за Законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића, а тиме и на Закон о облигационим односима. Вид. Марко Ђурђевић, „Нове одредбе француског Грађанског законика о дејствима уговора између уговорних страна и дејствима уговора према трећим лицима“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. Вук Радовић), Београд 2017, 402.

⁴¹ Р. Цветић, 49.

⁴² В. Водинелић, 93.

⁴³ *Ibid.*, 37.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, 60.

⁴⁶ Нацрт Заједничког појмовног оквира из 2008. године – *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition: 1:105, доступно на: https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition/, 25.10.2016 (даље у фуснотама: НЗПО).

⁴⁷ Комисију за израду Француског грађанског законика чинила су четири члана: *Thronshet, Portalis, Maleville, Bigor de Preateneu*.

⁴⁸ Француски грађански законик је усвојен уз велику подршку Наполеона. Наведено према: В. Водинелић, 103.

сигурности.⁴⁹ Уз то, текст је требало да буде оперативан, тако да суд има довољно простора за правичну примену прописа.

Питање метода кодификација поставља се као једно од основних. Наша модерна правна историја је добар пример и како треба и како не треба приступити кодификаторском послу.⁵⁰ Као пример успешне кодификације узима се рад Валтазара Богишића на изради Општег имовинског законика Црне Горе, тако да његов метод може да послужи као узор.⁵¹ Без слепог држања за метод појединих правних школа, које често залутају у крајности, Богишић је успео да комбинује више појединачних метода. Полазећи од историјско-правне школе, Богишић је признавао допринос Савињија, пре свега, у његовом схватању улоге и значаја правних обичаја, у његовом наглашавању историјске самониклости права и тезе да се право као живи организам рађа и развија као духовна творевина одређене заједнице.⁵² На тој основи отворен је био пут за уклањање свих туђих и накалемљених установа, које су настале на темељу теорије природног права.⁵³ По мишљењу Богишића, Савињи је дао посебан допринос науци и тиме што је доказао да обичајно право може живети и независно, чак и упркос вољи законодаваца.⁵⁴ Прихватајући у начелу неке основне поставке историјско-правне школе, Богишићу је ипак сметала њена схоластичка страна, која се огледала у апстрактној спекулацији без провере у реалном животу. Управо због тих разлога, Богишић користи Монтескјеов историјско-социолошки метод као допунски,⁵⁵ прихватајући концепцију о тесној повезаности и условљености права са датим условима средине и друштва.⁵⁶

С друге стране, објављивањем Српског грађанског законика 1844. године, Србија је добила несамосталну правну творевину, која је представљала скраћено издање аустријског Законика, уз то знатно слабије од изворника.⁵⁷ Законодавна тумачења, измене и допуне СГЗ-а, у првих двадесет година, о појединим правилима стварног и облигационог права биле су

⁴⁹ Р. Цветић, 51.

⁵⁰ По мишљењу професора Константиновића, при изради СГЗ, Хаџић је своју дужност схватио врло просто, свдећи је на превод АГЗ. При преводу је много тога изостављао, неке прописе скраћивао, а неке делио на више параграфа. Законик који је Хаџић сачинио је један од најгорих законика и по својој садржини, и по својој техници и по својој форми. Вид. Михаило Константиновић, „Југословенски грађански законик“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982, 387-388.

⁵¹ За првих десет година постојања, ОИЗ је преведен на пет светских језика.

⁵² Томица Никчевић, *О научном методу В. Богишића*, Београд 1967, 12.

⁵³ Валтазар Богишић, *О значају правних обичаја*, Београд 1927, 39.

⁵⁴ Т. Никчевић, 14.

⁵⁵ Овај метод Богишић је нарочито искористио у својој анкети у циљу да свестрано испита историјски развој и савремене социолошке услове Црне Горе. Мора се нагласити да Богишић и код Монтескјеа налази само делимичну научну истину, критикујући апсолутизацију закона и воље законодавца. Проналазећи меру и средину између наведених метода, Богишић прихвата потребу и улогу закона и неопходност кодификације, али само таквих законских решења која ће израсти не из мудрости и снаге законодавца, него природно и органски из правне прошлости, из непосредног живота и правног саобраћаја самог народа. Осим наведених метода, Богишић је често користио компаративни метод, као и позитивистички метод, потврђујући тезу да ниједан систем сам, нити искључивост у погледу метода не може да се сматра довољним да се њиме постигне релативно потпуна научна истина. Из његовог рада се, тако, могу извести две основне поставке; прво, да кодификаторски рад не сме бити просто копирање претходника и узора светске легислативе, али ни неодмерена тенденција за неком „празном оригиналношћу“, и друго, да кодификација мора да буде таква да одговара како стварним потребама и условима државе за коју се законик пише, тако и свим захтевима науке у најширем смислу значења. У свом рукопису „Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори“, Богишић наглашава осам принципа „о томе којим је начином своју радњу вршио“. Овај рукопис налази се у Богишићевој оставштини у Цавтату и регистрован је под сигнатуром К. XIII, 8 под називом Имовински законик према другим изворима права, према називу VII поглавља рукописа. С обзиром на успех у кодификаторском раду, ове принципе треба третирати као узор при савременом кодификаторском раду у нашој држави.

⁵⁶ Т. Никчевић, 17.

⁵⁷ Миодраг Орлић, „Покушај да се донесе нови грађански законик“, *Српски грађански законик – 170 година* (ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић), Београд 2014, 454.

доношене без плана, као тежња да се тешкоће привремено преброде, а не жеља да се недостатак неког правила трајно отклони.⁵⁸

Разноврсне су функције које је законодавац додељивао кодификацијама, али је, ипак, могуће уочити три основне функције. Пре свега, законодавац је у кодификацији видео начин да на разумљив, приступачан, свеобухватан и систематичан начин усвоји жељене правне норме, чиме је јачао предвидљивост и доступност правних норми обичним грађанима. Уместо бројних извора у којима је право било раније садржано, сада се важеће право може наћи само у једном кодексу. Све оно што није записано у кодексу, није се могло назвати правом.⁵⁹ Тако и данас постоје примери да се усвајају кодификације у циљу постизања веће правне кохерентности, једноставности и олакшавања приступа праву од стране обичних грађана. Друга функција кодификације је да унификује, уједначи право на целој територији националне државе, чиме су се стварали предуслови за развој трговине и једнакост свих грађана државе. Уједначеност права представља неопходни предуслов за настанак и развој националне државе, како је то истицано у Рајхстагу крајем XIX века.⁶⁰ Данас Европска комисија користи исте аргументе образлажући да ће унификовано уговорно право Европске уније довести до јачања европске економије (читај: државе). Трећа функција кодификације односи се на питање легитимитета правних норми. Законодавац је кроз кодификацију пронашао начин да модификује саму природу права, да је ојача, тако да право више није било засновано на обичајном, канонском или страном праву, него је настало у законодавном поступку националне државе.

Анализирајући историјски развој кодификација, може се закључити да су кодификације ретко биле „чисте“ збирке прописа усвојене у циљу систематског сређивања и лакше примене права.⁶¹ По правилу, основни мотиви кодификације су потребе да се одређене друштвене промене и на њима засноване друштвене потребе правно нормирају и заштите. Зато и није случајно да се кодификације јављају у неким преломним друштвеним околностима. Потребности друштва најчешће су тумачене од стране одређене класе друштва, док су основни етички принципи, као што је правичност и једнакост, често празно прокламовани. Тако се у сваком правном систему налазе компоненте правичности, целисходности и правне сигурности.⁶² Конкретна пропорција између њих у разним епохама и срединама није стабилна, већ варира зависно од низа економских, политичких и културних услова у развоју друштва. Могуће је извести закључак да је свако друштво дало приоритет својој правној сигурности, а тек онда целисходности и правичности, иако је свако друштво теоријски постављало правичност на прво место.⁶³

1.3. Појам кодификације европског трговинског права продаје

Појам кодификације европског грађанског права, па тако и европског трговинског права продаје, служи да опише процес усмерен ка стварању једног конзистентног ентитета правних правила и институција, који ће бити лако применљив и доступан субјектима права. Кодификација треба да покрије читаву област права, нпр. области приватног права, или породицу права, нпр. грађанско право или грану права, нпр. трговинско право.⁶⁴ Тако се у

⁵⁸ Марко Ђурђевић, „Талковања, измене и допуне Српског грађанског законика у првих двадесет година његовог важења“, *Српски грађански законик – 170 година* (ур. М. Полојац, З. С. Мирковић, М. Ђурђевић), Београд 2014, 403.

⁵⁹ Jan Martien Smits, „Of the vocation of our age against codification: on Civil Codes in the Information society“, *Tradition, Codification and Unification* (eds. John Michael Milo, Jan H. A. Lokin, Jan Martien Smits), Cambridge-Antwerp 2014, 240.

⁶⁰ *Ibid.*, 242.

⁶¹ Мила Јовановић, „Римске кодификације од закона XII таблица до Јустинијановог *Corpus Iuris Civilis*“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002, 23.

⁶² Алберт Вајс, „Неке законитости у историјском развоју права“, *Зборник радова из правне историје*, Правни факултет у Београду, 1966, 31 – наведено према: М. Јовановић, 24.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ О. Станковић, В. Водинелић, 9.

европској правној теорији употребљавају термини Европски грађански законик (*European Civil Code*),⁶⁵ Европски законик о уговорном праву (*European Contract Code*),⁶⁶ ради описивања процеса усмереног ка потпуном регулисању одређених правних области. Иако кодификација подразумева потпуно регулисање бар једне гране права, у теорији европског права говори се о кодификацији ужих целина, као што су подгране права, на пример, Европски законик о заштити потрошача (*European Consumer Code*). У том светлу треба разумети и кодификацију европског трговинског права продаје.

Актуелно значење појма кодификације је доста блиско појмовима европеизације, унификације, па чак и хармонизације европског права. Питање тачне границе између ових појмова, *in abstracto*, не поставља се као предмет истраживања теоретичара европског права, него се значење употребљеног термина одређује с обзиром на дати контекст, *in concreto*. Тако професор Р. Цимерман (*R. Zimmermann*) констатује да „предлог уредбе Заједничког европског права продаје може да буде нуклеус будућег Европског законика о уговорном праву, како се са правом назива, или чак Европског грађанског законика“.⁶⁷

Појам хармонизације нема јасно, нити једно значење, нити је ограничен на један предмет. Тако се о хармонизацији, у најширем смислу, може говорити као о процесу који се спроводи у свим областима друштвеног живота са циљем да се успостави склад.⁶⁸ Хармонизација права практично обухвата све гране права у којима Европска унија има надлежност па се тако говори о хармонизацији норми грађанског, уговорног, трговинског, компанијског, радног или породичног права, али и о хармонизацији кривичног, кривичног процесног права, као и процесних правила о заштити конкуренције, потрошача и слично.⁶⁹ У правној и политичкој теорији често се користе бројни термини, који су блиски са појмом хармонизације, као што су: усклађивање, приближавање, конвергенција,⁷⁰ угледање, рецепција, транспозиција, хармонизација, унификација, европеизација, кодификација, итд.⁷¹ Међутим, некад се ови термини не користе баш најпрецизније. За овај рад од значаја је пре свега појаснити садржај ових појмова.

У делу, нарочито домаће, доктрине инсистира се на садржинском разликовању појмова унификације, односно уједначавања права, с једне, и усклађивања, односно хармонизације права, са друге стране. Према овом разликовању, унификација прописа је процес њиховог потпуног уједначавања, где се као резултат, уместо важења више правних система, успоставља само један правни систем који важи на подручјима на којима су претходни системи важили.⁷² У процесу унификација на почетку постоји више законодавних власти, више формалних извора права, више независних правних подручја, док се на крају овог процеса успоставља само једно правно подручје на целом подручју обухваћеном унификацијом.⁷³ Унификација је поступак изједначавања правних норми различитих правних подручја, која се налазе унутар једне земље (унутрашња унификација) или правних норми које важе у различитим државама (међународна унификација).⁷⁴ С друге стране, хармонизација јесте суштинско усклађивање правних прописа, односно прихватање одговарајућих вредносних судова који постоје у праву са којим треба извршити хармонизацију. Тиме се не уједначава право у потпуности, што значи да специфичне

⁶⁵ Овај термин користи и једна од истраживачких академских група: *The Study Group on a European Civil Code*.

⁶⁶ „Павиа група“ је користила овај термин као наслов свог академског рада на хармонизацији европског уговорног права, који је и објавила 2001. године.

⁶⁷ R. Zimmermann (2012), 388.

⁶⁸ Радован Вукадиновић, „Од угледања на европске узоре до регионалне хармонизације – друга страна медаље“, *Ревизија за европско право* 17/2015, 9.

⁶⁹ *Ibid.*, 9.

⁷⁰ Вид. Атила Дудаш, „Од Начела европског уговорног права до Нацрта оквирних правила“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 320.

⁷¹ Вид. Р. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће прописе са правом Европске уније*, Крагујевац 2004.

⁷² С. Аксић, 213.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Радомир Ђуровић, Миодраг Трајковић, *Лексикон права међународних привредних односа*, одредница: унификација права, Београд 1982.

особености, као последица различите националне и правне историје, културе, развитка правних система који се хармонизују, и даље опстају.⁷⁵ Овакво теоријско разликовање заснива се на ставу да код унификације, уместо више одвојених, настаје један правни систем, док код хармонизације постојећи правни системи не губе свој позитивитет, него и даље важе као независни. С обзиром на то да хармонизација и унификација представљају различите степене јединственог процеса, постоје покушаји у правној теорији да се ови појмови подведу под појам стандардизације, као један виши и збирни појам. Стандардизацијом приватног права подразумева се процес стварања општих правних начела или општих правила за уговоре у међународном промету.⁷⁶

Такође, неки аутори праве разлику између појма усклађивања, односно хармонизације, с једне стране и појма приближавања, односно апроксимације права, с друге. Ако се апроксимација и хармонизација схвате као одвојени и паралелни процеси, онда процес апроксимације представља интензивнији процес интеграције него хармонизација, заснивајући такву тврдњу на начину и месту коришћења наведених израза у Оснивачким уговорима.⁷⁷ Тако би се могло тумачити да се под *approximation*, тј. приближавањем права подразумева процес или „активност“ ЕУ која упућује на задатке које би требало остварити, док би под појмом *harmonization*, тј. усклађивања, требало разумети методе или начине спровођења овог процеса, који се свде на мере усклађивања.⁷⁸

Инсистирање на овим појмовним разликовањима могуће је и има своју оправданост, али неће бити стриктно примењивано у овом раду због више разлога. Прво, Лисабонски уговор користи појмове хармонизације и апроксимације права као једнозначне. Прецизније речено, први ставови чланова 114 и 115 УФЕУ користе термин апроксимације права, док се у ставу четири и пет члана 114 УФЕУ користи термин хармонизација, говорећи о истим стварима у истом смислу. Друго, институције ЕУ се не држе овог нити сличног појмовног разликовања. На пример, Истраживачка служба Европског парламента, кад објашњава методе унификације приватног права ЕУ, наводи метод „законодавне унификације“ и метод „судске унификације“, а онда као врсте метода „законодавне унификације“ наводи метод „хармонизације директивама“ и метод „унификације уредбама“.⁷⁹ Из тога се може закључити да је неспорно да уредбе имају за резултат стварање јединствених правила, али и директиве, као основни инструмент хармонизације, у крајњој инстанци доводе до унификације, уједначавања права. То се потврђује и кроз обавезу националних судова да национално право тумаче и примењују у складу са правом Европске уније, укључујући и право хармонизовано директивама.⁸⁰ Треће, европска академска заједница користи термин хармонизације да обухвати све различите приступе и методе који теже смањењу правне различитости између правних система држава чланица.⁸¹ На пример, користе термин хармонизације и за пројекте који у суштини воде ка успостављању јединственог правног система, на пример, Европски грађански законик (*European Civil Code*). При прецизнијем одређивању степена „хармонизације“, у правној теорији држава чланица Европске уније, ипак се прави разлика између унификације (која подразумева да националне прописе држава чланица замењују прописи ЕУ кроз усвајање уредбе), хармонизације (која подразумева процес усклађивања унутрашњих прописа држава чланица са прописима европског права садржаног пре свега у директивама ЕУ) и координације (која подразумева правне акте Европске уније којим се

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право (општи и посебни део)*, Крагујевац 2012, 341.

⁷⁷ Р. Вукадиновић, „Употреба и злоупотреба хармонизације домаћег права са правом ЕУ“, *Право Републике Србије и право ЕУ – стање и перспективе* (ур. Наташа Стојановић, Срђан Голубовић), Ниш 2009, 6.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Rafal Manko, „Methods for unifying private law in the EU“, Brussels 2014, 2-4.

⁸⁰ Невенко Мисита, *Европска унија – унутрашње тржиште*, Сарајево 2014, 87.

⁸¹ Ch. Twigg-Flesner, „Some Thoughts on the Harmonisation of Commercial Law and the Impact on Cross-border Transactions“, *Boundaries of Commercial and Trade Law* (eds. Christian Twigg-Flesner, Gonzalo Villalta Puig), Munich 2011, 106.

државе чланице обавезују да координишу своје активности, да врше размену информација, као и да закључују споразуме о одређеним питањима).

У правној теорији, политици и свакодневном животу користи се и појам европеизација,⁸² који је повезан са горе наведеним појмовима. Појам европеизација дефинише се на различите начине с обзиром на област права или политике у којој се тај појам користи. У најширем смислу, европеизација обухвата све процесе који за резултат имају изградњу, јачање и остваривање циљева Европске уније. У том смислу, исти појам се не односи само на процес хармонизације права, већ и на друге активности усмерене на стварање и јачање Европске уније.⁸³ У овом раду појам европеизација користиће се у ужем смислу, тако да ће означавати активности које се предузимају на нивоу Европске уније у циљу хармонизације уговорног и приватног права држава чланица Европске уније.

Прецизно дефинисање појма кодификације европског грађанског права од суштинског је значаја за овај рад. У ужем смислу, кодификација означава систематизацију већ постојећих правних аката у техничком, евентуално граматичком смислу, али, ако је потребно превазићи правне празнине и неконзистентности система, онда то превазилази појам кодификације.⁸⁴ Кодификацијом се могу исправити само неконзистентности термилошке и техничке природе, али не и суштинске неконзистентности. Из тога произлази да се не може кодификовати право које није унификовано, него је увек услов доношења кодификације постојање јединствених прописа, да би се они као такви могли и у техничко-граматичком смислу средити.⁸⁵ Тако, кодификација означава систематизацију и довођење у склад законских прописа, из једне или више сродних грана права, кроз усвајање новог јединственог законског текста (законика), који замењује претходне појединачне законе.⁸⁶

У ширем смислу, процес кодификације подразумева и додатно усклађивање појмова, тако што ће се неки појмови проширити, сузити или прилагодити, како би одговарали употребљеној терминологији и хијерархијском месту у кодификацији. Такође, процес кодификације обухвата и измене у погледу основних начела, с обзиром на то да се основна начела у кодификованом тексту односе на све гране права које су кодификацијом постале део јединственог текста.⁸⁷ Кроз дефинисање основних начела као правних нормих високог нивоа општости, кодификација избегава текстуалне и суштинске варијације посебних сектора.⁸⁸

Већина правника заузима становиште да од кодификације треба разликовати унификацију, јер, иако кодификација и унификација, по правилу, иду заједно, ипак се не морају поклапати.⁸⁹ Тако је могуће да је право кодификовано, јер су сва питања регулисана, али да није унификовано, јер постоји више правних подручја, или да је делимично партикуларно, а делимично јединствено.⁹⁰ Унификација у националном праву остварује се или путем више закона (кодификација у ширем смислу), или путем једног свеобухватног законика (кодификација у ужем смислу).⁹¹ Осим кодификације која је вођена од стране

⁸² Вид. Ch. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, London-New York 2013; Cristina Amato, „The Europeanisation of Contract Law and the Role of Comparative Law: The Case of the Directive on Consumer Rights“, *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?* (eds. James Devenney, Mel B. Kenny), Cambridge 2013.

⁸³ Ralf Michaels, Nils Jansen, „Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization“, *Duke Law School Legal Studies - Research Paper Series* 137/2007, 19-27.

⁸⁴ Leone Niglia, *The Struggle for European Private Law: A Critique of Codification*, Oxford 2015, 154.

⁸⁵ *Ibid.*, 208.

⁸⁶ N. Jansen, *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford 2010, 86.

⁸⁷ С. Аксић, 208.

⁸⁸ Dorota Leczykiewicz, „Where Angels Fear to Tread?: The EU Law of Remedies and Codification of European Private Law“, *European Review of Contract Law* 1/ 2012, 58.

⁸⁹ О. Станковић, В. Водинелић, 10.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

државе, све је чешћи случај да правне норме настају и постоје без државе као творца, активношћу разних организација, стручних удружења и теорије. Тако се глобализација грађанског права испољава као деетатизација права.⁹² Процес кодификације грађанског права на нивоу ЕУ обухвата и знатан број тзв. „не-законодавних“ кодификација.⁹³

Појам кодификација европског трговинског права продаје се користи за означавање три комплементарна аспекта јединственог процеса, који се одвијају у праву Европске уније и праву држава чланица од краја XX века:

- Кодификација европског трговинског права продаје представља развој трговинског права продаје на нивоу Европске уније. Из овог угла, кодификација подразумева детериторијализацију и денационализацију трговинског права продаје и његову израдњу на позицији наднационалног права.

- Кодификација европског трговинског права продаје подразумева „уградњу“ националног трговинског права продаје држава чланица у вишеслојни систем Европске уније. Из овог угла, кодификација трговинског права осликава нову расподелу надлежности и односа снага између различитих конститутивних ентитета у Европској унији као „вишеслојном систему политичког управљања“, која је праћена трансформацијом „националне државе“ у „регулаторну тржишну државу“.

- Кодификација европског трговинског права продаје је синоним за европеизацију, односно хармонизацију трговинског права продаје, која треба да резултира усвајањем „Европског грађанског законика“, или „Европског законика о уговорном праву“ који ће регулисати и област европског трговинског права продаје.

Могуће је истаћи низ примедби на преслободно дефинисање горе наведених појмова. Пре свега, поставља се питање да ли се уопште може говорити о кодификацији тако уског дела права као што је европско трговинско право продаје? Иако није уобичајено говорити о кодификацији ужих делова права, у овом случају оправдано је направити изузетак, јер се тиме жели нагласити исход, резултат процеса европеизације односно хармонизације, који је управо започет крајем XX века у Европској унији. Акцент је на исходу процеса, тј. на „Европском грађанском законнику“, или „Европском законнику о уговорном праву“, који ће регулисати и европско трговинско право продаје. У овом контексту, може се говорити и о „етапној кодификацији“ која осликава европски метод регулисања „сектор по сектор“.

У смислу првог аспекта, појам кодификације европског трговинског права продаје подразумева настајање и развој европског трговинског права продаје од стране институција Европске уније и других организација под окриљем Европске уније. Процес кодификације европског трговинског права продаје, који се одвијао у оквиру институција Европске уније, био је допуњен неформалним облицима сарадње академске заједнице, који су били финансирани од стране Европске уније, у циљу теоријске разраде и сређивања ове области. Из мноштва научних радова концепт европског уговорног права материјализовао се у научну дисциплину.⁹⁴ Академска сарадња је постала један од кључних покретача кодификације европског приватног права у целости, тиме што није остала на нивоу теоретисања, него је израдила применљиве нацрте правних инструмената као што је нацрт Заједничког појмовног оквира. У раду академске заједнице неки препознају обнављање, на основама римског приватног права, *ius commune* које је постојало до XIX века.⁹⁵ Без обзира на заједничку правну традицију, неопходно је нагласити да је кодификација европског приватног права, па

⁹² В. Водинелић, 111.

⁹³ N. Jansen, „Dogmatising Non-legislative Codifications: Non-legislative Reference Texts in European Legal Discourse“, *The Foundations of European Private Law* (eds. Roger Brownsword, Hans-Wolfgang Micklitz, Leone Niglia, Stephen Weatherill), Oxford 2011, 31.

⁹⁴ Alain Wijffels, „A New Software-Package for an Outdated Operating System“, *The Harmonisation of the European Private Law* (eds. Mark van Hoecke, Franyois Ost), Oxford 2000, 102.

⁹⁵ R. Zimmermann, „Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *Towards a European Civil Code* (ed. Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius), The Hague 2004, 24.

тако и европског трговинског права продаје (ЕТПП), умногоме различита од *ius commune*, јер је *ius commune* више представљао један заједнички филозофски појам заснован на римском праву, него што је икада био скуп заједничких правила применљивих у пракси.⁹⁶ Рудолф фон Јеринг (*Rudolf von Jhering*) је сматрао да је понижавајуће што је правна наука од XIX века дерогирана на статус националне јуриспруденције, тако што су се границе научних напора поклапале са политичким границама.⁹⁷ Управо, савремена кодификација европског трговинског права продаје и европског приватног права у целости, иде у правцу детериторијализације приватног права и стварања наднационалног приватног права, па тако и европског трговинског права продаје.⁹⁸ Овакав исход процеса довео би до прекомпозиције односа између националне државе и приватног права, што ће бити једна од тема у наставку рада.⁹⁹

Следећи аспект кодификације европског трговинског права продаје, односи се на трансформацију националног трговинског права продаје држава чланица Европске уније, узроковану развојем права на нивоу Европске уније. Услед стварања „све чвршће уније између народа Европе“ долази до промена у погледу уставне структуре, тако да процес кодификације и европеизације захтева усклађивање националних прописа са правилима права Европске уније. Утицај права Европске уније на националне правне системе нарочито је наглашен у областима које су повезане са несметаним функционисањем унутрашњег тржишта Европске уније, што је, свакако, случај код европског трговинског права продаје. Однос између права Европске уније и националних правних система, ипак, није једносмеран, него је двосмеран, тако да су европска правила и принципи интерпретирани кроз призму националног права, принципа и вредности. Европска унија, у својој целovitости, представља „вишеслојни систем политичког управљања“.¹⁰⁰ Од краја 60-их година прошлог века, у западној Европи, уследила је замена концепта „националне државе“ новим концептом „регулаторне државе“. Савремено европско грађанско право није оно које је садржано у великим грађанским кодификацијама, као што је то био случај у ери националних држава, него добија облик „регулаторног“ грађанског права, који одговара концепту „регулаторне државе“. Овај процес прати опадање значаја националног трговинског права, јер се већина трансакција одвија ван граница националне државе, и пораст значаја Европске уније, као тржишне државе (*EU Market State*), која ствара ново „регулаторно“ трговинско право кроз усвајање уредби и директива, али и кроз сарадњу са недржавним ентитетима и интеракцију са државама чланицама.¹⁰¹ Вишеслојна структура Европске уније захтева структуру трговинског права (продаје) која може да ослика множину „нормативних креатора“ и одсуство чврсте хијерархије међу нормама.

Када се кодификација европског трговинског права продаје користи у смислу процеса европеизације и хармонизације, кодификација не означава само процес интеграција који се тренутно одвија у Европској унији, него иде даље, описујући исход тог процеса, који треба да резултира усвајањем Европског грађанског законика, или Европског законика о уговорном праву који ће регулисати и област европског трговинског права продаје. Док појам хармонизације наглашава сам процес приближавања и усклађивања између права Европске уније и националног права држава чланица, дотле појам европеизације ставља акценат на утицај који врши право Европске уније на национална права држава чланица у смислу њиховог коначног прилагођавања и уклапања у наднационални правни поредак

⁹⁶ Hugh Collins, *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge 2008, 151.

⁹⁷ R. Zimmermann, „Civil Code and Civil Law: The Europeanization of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science“, *Columbia Journal of European Law* 1/1994-95, 63.

⁹⁸ Lucinda Miller, *The Emergence of the EU Contract Law: Exploiting Europeanization*, Oxford 2011, 10.

⁹⁹ N. Jansen, R. Michaels, „Beyond the State? Rethinking Private Law“, *American Journal of Comparative Law* 56/2008, 527.

¹⁰⁰ Markus Jachtenfuchs, „The Governance Approach to European Integration“, *Journal of Common Market Studies* 39/2001, 245

¹⁰¹ Hans-W. Micklitz, „Codification Mania and the Changing Nation State: A European Perspective“, *Codifying Contract Law: International and Consumer Law Perspectives* (eds. Mary Keyes, Therese Wilson), London 2016, 83.

Европске уније.¹⁰² Појам кодификације европског трговинског права продаје иде и корак даље, одређујући и форму у којој ће исход процеса бити уобличен. Појам хармонизације је општи појам који означава различите модалитете усклађивања права Европске уније и националног права држава чланица, док се појам кодификације европског трговинског права продаје искључиво односи на процес усвајања заједничких правила на нивоу Европске уније, који ће регулисати трговинско право продаје на јединственом тржишту.

У том светлу видимо и израду правно необавезујућег нацрта Заједничког појмовног оквира, који у одређеном тренутку у будућности, кад се остваре политички услови, треба да постане правно обавезујући. Иако у овом тренутку коришћење појма кодификације, у овом смислу, може да звучи као преувеличавање, потребно је присетити се историје развоја класичних кодификација националних држава. Наиме, формалне припреме за израду текста Немачког грађанског законика трајале су 22 године, иако су за основу имале развијену пандектарну правну традицију.¹⁰³ Рад на изради и усвајању Аустријског грађанског законика трајао је 58 година.¹⁰⁴ Имајући у виду трајање процеса кодификације у националним државама, можемо да закључимо да смо тек на почетку вишедеценијског процеса кодификације европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје. Европски грађански законик је вероватна, али далека будућност, који још од 1989. године представља званични задатак институција ЕУ, да путем хармонизације грађанског права дођу до израде „јединственог европског законика за приватно право“.¹⁰⁵ Досадашња израда парцијалних кодификација је процес оптерећен бројним потешкоћама и неизвесностима.

2. Појам и особине европског трговинског права продаје (ЕТПП)

2.1. Садржај појма европског трговинског права продаје

Економска и политичка интеграција земаља чланица данашње Европске уније од средине XX века довела је до стварања једног од највећих јединствених тржишта на свету, с годишњим прометом роба у износу од 2.800 милијарди евра. Међутим, економску и политичку интеграцију не прати интеграција у области уговорног трговинског права, јер не постоји јединствена или усклађена правна регулатива која регулише унутаревропску трговину и продају роба и услуга између привредних субјеката. Поређењем Европске уније са другим тржиштима сличне величине уочава се недовољна развијеност правне регулативе. Примера ради, САД су давно усвојиле Јединствени трговински законик (*Uniform Commercial Code – UCC*). Управо развој европског уговорног трговинског права (ЕУТП), нарочито европског трговинског права продаје (ЕТПП) треба да доведе до развоја свеобухватног скупа правних норми, који ће олакшати промет на унутрашњем тржишту између привредних субјеката. С обзиром на то да не постоји јединствена и општеприхваћена дефиниција, изложићемо три могућа концепта појма европског трговинског права продаје.

Према ужем концепту, европско трговинско право продаје обухвата правне норме, садржане у примарним и секундарним изворима права Европске уније, које уређују трговинске односе настале по основу продаје роба на унутрашњем тржишту Европске уније. Ужи појам садржи мали број релевантних правила *acquis communautaire*-а, с обзиром на то да се највећи број одредби уговорног *acquis*-а односи на потрошачко право. Примарни извори права ЕУ, пре свега, обухватају Уговор о функционисању Европске уније¹⁰⁶ и Уговор

¹⁰² Ch. Twigg-Flesner (2008), 15.

¹⁰³ R. Zimmermann (2005), 12.

¹⁰⁴ R. Zimmermann (2012), 392.

¹⁰⁵ В. Водинелић, 111.

¹⁰⁶ Уговор о функционисању Европске уније из 2007. године – *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union of 13 December 2007, OJ C 202, 7.6.2006* (даље у фуснотама: УФЕУ).

о Европској унији¹⁰⁷ из 2010. године, који садрже сет основних принципа европског уговорног права који се примењују и на европско трговинско право продаје. Пре свега, ту је принцип слободе уговарања који се изводи из четири основне економске слободе,¹⁰⁸ начела отворене тржишне економије са слободном конкуренцијом,¹⁰⁹ чланова 2 и 3 (2) УЕУ и чланова 6 *et. seq.* Европске повеље о основним правима. Принцип савесности и поштења се изводи из члана 102 УФЕУ. У примарне изворе улази и јуриспруденција Европског суда правде.¹¹⁰ Секундарно право обухвата мали број релевантних директива. На пример, Директива 86/653/ЕЕЗ о усклађивању права држава чланица која се односи на уређење питања самостално запослених трговачких заступника,¹¹¹ Директива 2000/31/ЕЗ о неким правним аспектима пружања услуга информационог друштва, посебно електронске трговине на унутрашњем тржишту,¹¹² Директива 2000/35/ЕЗ о борби против кашњења у плаћању у пословним трансакцијама.¹¹³

Осим директива, европски законодавац користио је и уредбе, али претежно приликом регулисања одредби права конкуренције, које немају карактер материјалног права, већ представљају инструмент економске политике ради остварења прокламованих циљева, који ограничава слободу уговарања привредних субјеката. Уредбе *Рим* и *Брисел* садрже колизионе норме које одређују меродавно право и јурисдикцију у трговинским пословима унутар јединственог тржишта. Наведени извори не стварају систем који на свеобухватан и усклађен начин регулише материју европског трговинског права продаје, ако се уопште може говорити о европском трговинском праву продаје, с обзиром на ниво фрагментисаности, некозистентности и несистематичности.¹¹⁴ Тренутни позитивноправни ЕУ прописи представљају *ad hoc* одговоре на појединачне проблеме који су се јављали приликом склапања трговинских уговора и одвијања трговинског пословања на јединственом тржишту. Овако дефинисано европско трговинско право продаје, односно европско уговорно трговинско право продаје представља изолована острва у мору уговорног права држава чланица.¹¹⁵ Свођење европског трговинског права продаје на *non-conusermer acquis*,¹¹⁶ ограничило би њихове домете у будућности, јер из ових извора није могуће извести опште принципе и правила нити развити конзистентан систем европског уговорног трговинског права, односно европско трговинско право продаје.

Шири појам европског трговинског права продаје обухвата правно обавезујуће прописе који се примењују за регулисање унутаревропске продаје роба између привредних субјеката, без обзира на формалног доносиоца. Поред прописа које су усвојиле институције ЕУ, у оквир појма улазе и прописи усвојени од стране институција држава чланица, као и

¹⁰⁷ Уговор о Европској унији из 2007. године – *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306, 17.12.2007* (даље у фуснотама: УЕУ).

¹⁰⁸ Слобода кретања роба (УФЕУ, члан 28 и даље, члан 34 и даље), слобода пружања услуга (УФЕУ, члан 56 и даље), слобода кретања лица (УФЕУ, члан 45 и даље, члан 49), слобода кретања капитала (УФЕУ, члан 63).

¹⁰⁹ УФЕУ, члан 119.

¹¹⁰ Case C-381/98, *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.* [2000] ECR I-9385; Case C-203/09, *Volvo* [2010] ECR – 10721.

¹¹¹ Директива о усклађивању права држава чланица у вези samozапослених трговачких заступника из 1986. године – *Directive 86/653/EEC on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, OJ L 382, 31.12.1986.*

¹¹² Директива о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва на јединственом тржишту, посебно електронске трговине из 2000. године – *Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society service, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce), OJ L 178, 17.7.2000* (даље у фуснотама: Директива о електронској трговини).

¹¹³ Директива о борби против кашњења у плаћању у пословним трансакцијама из 2000. године – *Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, OJ L 200, 8.8.2000.*

¹¹⁴ Ole Lando, „Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium“, *Scandinavian Studies in Law* 40/2000, 346.

¹¹⁵ Ch. Twigg-Flesner (2008), 10.

¹¹⁶ *Ibid.*

међународних организација. На пример, уколико у уговору о продаји робе, између привредних субјеката из различитих држава чланица ЕУ, стране нису уговорно одабрале меродавно право које ће се примењивати на конкретан уговор, онда ће се применом одредби Уредбе *Рим I* доћи до права државе у којој продавац има седиште централне управе.¹¹⁷ У случају да примена колизионих норми Уредбе *Рим I* доводи до примене права државе чланице ЕУ, која је ратификовала Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција), доћи ће до примене Бечке конвенције. Овакав расплет долази из чињенице да ратификацијом Бечке конвенције она постаје саставни део унутрашњег права једне државе и ужива приоритет у односу на одговарајући национални закон.¹¹⁸ Ипак, примена Бечке конвенције може бити искључена, изричитом или прећутном вољом уговорних страна, као и када европске колизионе норме предвиђају примену права државе чланице која није ратификовала Бечку конвенцију.¹¹⁹ Шире тумачење појма европског трговинског права продаје оправдано узима у обзир и правила која није усвојио европски законодавац, али представљају обавезујуће правне акте, на које упућују и одредбе европског колизионог права. Регулисање унутаревропског трговинског посла продаје без узимања у обзир националног права и међународних конвенција не одговара стварности, јер управо јединство правила европског права у ужем смислу, националног права и међународних конвенција чине правни режим који покрива све аспекте трговинских односа на јединственом тржишту Европске уније. У правној литератури, која се држи поделе правних извора унутар ЕУ, ови извори права се означавају као „пратеће право ЕУ“. Пратеће право подразумева оно право које није примарно или секундарно право ЕУ, а служи циљевима права Европске уније, као што је олакшавање размене роба на јединственом тржишту.¹²⁰

Најшири појам европског трговинског права продаје, поред горе наведених правила, обухвата и необавезујуће правне инструменте (*soft law*). Необавезујући правни инструменти представљају генусни појам у који су укључени различити извори права којима је заједничко да нису правно обавезни све док се странке на њих не позову. Тако се у Уредби *Рим I* изричито наводи да „ова Уредба не спречава уговорне стране да се у уговору позову на недржавно право...“.¹²¹ Под необавезујућим правним инструментима обично се подразумевају ставови и радови академске заједнице и међународних организација на хармонизацији уговорног (трговинског) права, обичаји, општи услови пословања, трговачке клаузуле и термини, и сл.

Један од првих пројеката академске заједнице односи се на израду Принципа европског уговорног права (ПЕУП),¹²² који су настали под јаким утицајем *UNIDROIT* Принципа о међународним трговинским уговорима¹²³ и Бечке конвенције о уговорима о међународној продаји робе. После тога дошло је до објављивања низа академских радова као што су: нацрт Европског законика о уговорном праву (*European Contract Code – Preliminary Draft*), *Acquis* принципи (*Acquis Principles*),¹²⁴ Нацрт заједничког појмовног оквира (*Draft of Common Frame Reference for Contract Law*). Иако је реч о правно необавезујућим актима, њихова важност је велика јер имају вишеструку намену; прво, ови акти могу послужити као платформа за израду будућих правно обавезних инструмената хармонизације; друго,

¹¹⁷ *Рим I*, члан 4, став 1, параграф а, и члан 19, став 1.

¹¹⁸ Јелена Перовић, „Унификација као будућност уговорног права“, *Економика предузећа* 5–6/2000, 223–228.

¹¹⁹ Велика Британија, Малта и Кипар нису приступиле Бечкој конвенцији.

¹²⁰ Zlatan Meškić, „Osnove evropskog kolizionog prava“, *Revija za evropsko pravo* 2-3/2010, 32.

¹²¹ *Рим I*, рецитал 13.

¹²² Принципи европског уговорног права из 2000. године – *Principles of European Contract Law (PECL)*, доступно на: https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/, 13.3.2020 (даље у фуснотама: ПЕУП).

¹²³ Принципи међународних трговинских уговора из 1994. године – *UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts*, Rome 1994, доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>, 25.10.2016 (даље у фуснотама: *UNIDROIT* принципи).

¹²⁴ Принципи постојећег уговорног права Европске заједнице из 2007. и 2009. године – *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, доступно на: https://www.trans-lex.org/400250/_principles-of-the-existing-ec-contract-law-/, 25.10.2016 (даље у фуснотама: *Acquis* принципи).

неспорна је корист формулисања принципа у приближавању континенталног и *common law* права; треће, принципи могу послужити као узор и водич националним законодавцима и судовима код решавања правних питања и тумачења права ЕУ; четврто, ови акти могу бити извор права за странке ако уговоре њихову примену.

У пракси и теорији права не постоји јединствен став о појму европског трговинског права продаје. Неспорно је да европско трговинско право продаје представља право у настајању које регулише уговорне односе између привредних субјеката настале поводом продаје роба на јединственом тржишту ЕУ. Оваква дефиниција европског уговорног трговинског права открива основне елементе појма. Прво, европско трговинско право продаје је право у настајању, што значи да не представља заокружену и усклађену грану права. Постојање европског трговинског права продаје више је везано за правну доктрину, и оно што би могло да постане у догледној будућности, него за позитивноправне прописе. Друго, европско трговинско право продаје регулише трговинске уговоре о продаји роба унутар јединственог тржишта Европске уније. Под унутаревропске трговинске уговоре о продаји роба можемо подразумевати уговоре о продаји које закључују између себе привредни субјекти, правна и физичка лица, у обављању или у вези са обављањем делатности или професије, на унутрашњем тржишту Европске уније.

Под појам европског трговинског права продаје потпадају норме из различитих правних области. Пре свега, то су одредбе приватног права, јер се њима регулишу односи између привредних субјеката, као равноправних субјеката. Ипак, одређене одредбе имају јавноправни карактер, нарочито у области права конкуренције Европске уније. Највећи број правила продаје долази из области материјалног права, међутим, за европско трговинско право продаје од изузетног значаја су колизионе норме које одређују меродавно право и суд, ако странке то нису учиниле споразумно. Као што је већ наведено, под појам европског трговинског права продаје потпадају норме које доносе бројни аутономни субјекти и субјекти са јавним овлашћењима, како на националном и нивоу Европске уније, тако и на међународном нивоу.

ГЛАВА II

ПОЈМОВИ ВИШЕГ РОДА ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

1. Појам и особине европског права

1.1. Садржај појма права Европске уније

Право Европске уније или европско право има много димензија те је зато тешко дати свеобухватну дефиницију, која би укључила све елементе овог појма. У ширем смислу, појам права Европске уније можемо одредити као генусни појам који обухвата право и правни поредак који је стваран у оквиру трију заједница, а касније у оквиру Европске уније.¹²⁵ Уобичајен назив, до ступања на снагу Уговора из Маастрихта, је право европских заједница или комунитарно право. У поређењу са националним државама, право Европске уније није потпун и заокружен правни поредак, већ је реч о систему правних норми којим су регулисани само неки односи у које ступају субјекти права Европске уније.¹²⁶ У поређењу са међународним правом, *differentia specifica* је особина да су субјекти европског права ограничени Европске уније, државе чланице, али и правна и физичка лица. Велика већина аутора дефинише право Европске уније као посебну категорију, *sui generis* ентитет, јер се по особинама налази између права суверених држава и права међународних организација.

Право Европске уније састоји се од три велике правне области: институционално право, процедурално право и материјално право.¹²⁷

Институционално право је скуп правних норми које дефинишу структуру Европске уније, главне институције и органе, надлежности, изворе права, као и основна начела права Европске уније.¹²⁸ С обзиром на есенцијални значај и предмет регулисања, често се колоквијално назива „уставним правом Европске уније“. Институционално право регулише односе између институција Европске уније, односе између Европске уније и држава чланица, као и односе са трећим државама и међународним организацијама. Тако посматрано, институционално право чине прописи о вертикалној и хоризонталној подели власти. Прописи о вертикалној подели власти знаснивају се на начелима пренетих надлежности, супсидијарности, пропорционалности, лојалности, флексибилности и ближе сарадње, као и начелу поштовања националног идентитета држава чланица. Однос Европске уније према држављанима држава чланица одређен је кроз садржину начела грађанства Европске уније, директне примене, директног дејства, примата права Европске уније и начелом заштите основних људских права. Прописи о хоризонталној подели власти дефинишу односе између институција и органа Европске уније на начелу институционалне равнотеже, које обухвата обавезу органа Европске уније да користе само она овлашћења која су им додељена. Овде је јуриспруденција Суда правде ЕУ имала одлучујућу улогу у еволуцији и обликовању институционалне равнотеже Европске уније. Суд правде Европске уније је значајно допринео афирмацији законодавне улоге Европског парламента, која је потврђена у члану 263 УФЕУ.

Процедурално право Европске уније¹²⁹ односи се на судску контролу законодавних и извршних аката у оквиру различитих „прекршајних поступака“ (*infringement proceedings*), које могу да покрену институције, државе чланице, физичка и правна лица на основу

¹²⁵ Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2014, 3.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Nigel Foster, *Foster on EU law*, Oxford 2015, 95.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Вид. Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Kathleen Gutman, *EU procedural law*, Oxford 2014.

одредби УФЕУ (чл. 258-260, 263, 265, 267, 277, 340).¹³⁰ Суд правде ЕУ заузео је рестриктиван став у погледу права појединаца да покрену поступак судске контроле аката Европске уније. С друге стране, услови за покретање поступака пред Судом правде ЕУ од стране националних судова су доста флексибилнији.

Материјално право Европске уније¹³¹ је скуп правних норми, претежно секундарних извора, које регулишу широк спектар друштвених односа. Највећи део материјалног права, нарочито у првим деценијама развоја Европске уније, односи се на регулисање економског аспекта европских интеграција, тако да се некад ова област права означавала као европско економско право. Ширењем надлежности Европске уније, под појам материјалног права Европске уније долазе и социјална политика, образовање, култура, јавно здравство, итд., тако да се у модерној литератури често означава као приватно право Европске уније.

1.2. Однос права Европске уније према праву држава чланица

За разумевање односа између права Европске уније и права држава чланица корисно је узети у обзир студију коју је објавила библиотека Доњег дома британске скупштине, у којој покушава да се на квантитативан начин прикаже утицај права Европске уније на британски правни систем. Према овом истраживању за период од 1997. до 2009. године, 6.8% примарне легислативе и 14.1% секундарне легислативе служи за имплементацију одредби европског права, док 15-50% подзаконске регулативе, углавном техничког карактера, чине акти европског права који се директно примењују или је реч о британским прописима у тој сврси.¹³² Генерална процена британске владе је да око 50% легислативе са утицајем на привреду потиче из права Европске уније.¹³³ Узимајући у обзир да је реч о периоду до ступања на снагу Лисабонског уговора, да постоје и неке друге процене које говоре о проценту до 80%, као и да се у самом истраживању наводи да су процене конзервативне и обухватају само прописе са директним утицајем, може се закључити да право Европске уније има доминантан утицај на право држава чланица. Осим тога, постоји и „пратеће право Европске уније“, које подразумева оно право које није примарно или секундарно право Европске уније, али које служи остваривању циљева Европске уније. У том смислу, може се извести ошти закључак да право Европске уније и национално право држава чланица, у својој функционалној повезаности, чине вишеслојни правни систем.

Такав закључак потврђује и чињеница да Европска унија располаже само „административним апаратом“, али не и „апаратом присиле“, тако да би одредбе права Европске уније остале без правног дејства без „увођења“ у домаћи правни поредак и примене од стране органа држава чланица у складу са националним процедурама. Зато је тачна констатација да примена права Европске уније пред управним органима Европске уније и Судом правде ЕУ иде само до стадијума извршења одлуке, односно пресуде. Поступак принудног извршења управних аката и судских пресуда остварује се пред управним и судским органима држава чланица и према њиховом праву.¹³⁴ Однос права Европске уније и права држава чланица је вишеслојан и регулисан је бројним начелима, од којих су следећа најважнија: начело директне примене, начело директног дејства и начело примата права Европске уније.

¹³⁰ N. Foster, 95.

¹³¹ Вид. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford 2013.

¹³² House of Commons Library, “How much legislation comes from Europe?”, research paper No. 10/62, 13 October 2010 (Vaughne Miller), 1; доступно на: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/RP10-62>, 25.10.2016.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Боривој Старовић, „Поглед на право и остваривање права Европских заједница“, *Право, теорија и пракса* 8-10/1992, 51.

1.2.1. Начело директне примене (*direct applicability*)

Начело директне примене први пут се помиње у случају *Costa v ENEL*, када је ЕСП заузео становиште да је Уговором о оснивању створен посебан *sui generis* правни систем, који је постао саставни део правних система држава чланица, који су њихови судови обавезни да примењују. Из тога следи да се под директном применом подразумева подесност правила права Европске уније да буду непосредно и директно унета у унутрашње правне системе држава чланица, и то без интервенције законодавних или управних власти.¹³⁵ Поводи за креирање овог начела леже у настојању Европске уније да обезбеди „потпуну и једнообразну примену прописа комунитарног права у свим државама чланицама“.¹³⁶ У супротном, ако би државе чланице третирале право Европске уније као међународно право, онда би имале право да одлучују да ли ће и на који начин спроводити право усвојено од стране институција Европске уније, чиме би угрозиле остварење заједничких циљева и јединства правног поретка Европске уније.

Начело директне примене нормирано је чланом 288 УФЕУ, којим је уредбама експлицитно и аутоматски обезбеђена директна примена без икаквих додатних аката држава чланица, а на основу чињенице да су прихватиле Уговор о оснивању. Међутим, поставља се питање применљивости начела директне примене на остале прописе Европске уније. У погледу Уговора о оснивању, неспорно је да је реч о међународном уговору па се питање директне примене своди на ратификацију у складу са уставним правом државе чланице. Суд правде ЕУ је признао директну примену и упутствима након истека рока за имплементацију као и одлукама, образлажући то у случају *Variola* на основу обавезе државе чланице да „не сме да омета директну примену која је својствена уредбама и другим правилима комунитарног права“.¹³⁷

1.2.2. Начело директног дејства (*direct effect*)

Под директним дејством подразумева се способност одредби права Европске уније да непосредно, без накнадне интервенције државе чланице, стварају субјективна права и обавезе, чију заштиту појединац може да тражи од судских или управних органа државе чланице. Начело директног дејства права Европске уније означава његову способност да ствара угужива права и обавезе. Из ове дефиниције произлази да се начело директног дејства састоји из материјалноправног и процесноправног аспекта. Материјалноправни аспект означава способност директног дејства да ствара субјективна права и обавезе, тј. да утиче на настанак, промену или престанак неког правног односа,¹³⁸ док процесноправни аспект означава обавезу националних судова и управних органа да таквим правним односима пруже потребну правну заштиту. Нису све одредбе права Европске уније способне да производе директно правно дејство. Неке одредбе немају способност да производе правна дејства због правотехничких разлога, формулисане су као непотпуне правне норме или опште правне норме, док друге немају то својство због саме правне природе, примера ради, правила која имају програмски карактер.

У теорији је начело директног дејства често поистовећено са начелом директне примене. До изједначавања ова два начела долази због истог предмета објашњавања, али док начело директне примене објашњава јавноправни аспект, тј. начин на који право Европске уније постаје признато право у правним системима држава чланица, дотле начело директног дејства објашњава приватноправни аспект, тј. начин на који право Европске уније представља непосредни основ за настанак, промену или нестанак неког субјективног права, које је правно заштићено пред судским или управним органима државе чланице, без

¹³⁵ Р. Вукадиновић (2014), 148.

¹³⁶ Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal* [1978] ECR 629, 14-15.

¹³⁷ Case 34/73, *Variola Spa v Amministrazione Delle Finanze Dello Stato*; [1973] ECR 981,10.

¹³⁸ Вид. Radovan Vukadinović, „Many faces of the principle of the direct effect in European Community law“, *Private Law Reform in South East Europe* (eds. Mirko Vasiljevic et al.), Belgrade 2010, 114-122.

накнадне интервенције државе чланице или Европске уније. Потреба за разликовањем ова два начела лежи у практичним разлозима. Наиме, нису све одредбе права Европске уније способне да производе директно дејство, ипак, такве одредбе могу имати директну примену, тј. могу бити третиране као саставни део унутрашњег права држава чланица.¹³⁹

Начело директног дејства није дефинисано у оснивачким уговорима, него је конципирано у случају *Van Gend en Loos* пред Судом правде ЕУ, кад је признато право појединцима да се директно позивају на одредбе права Европске уније пред националним судовима.¹⁴⁰ Ипак, Суд правде ЕУ је поставио услове за примену начела директног дејства, тако што је прописао да обавеза мора бити прецизна, неусловљена, као и да не захтева усвајање додатних правних инструмената у циљу имплементације. У почетку је Суд правде ЕУ признавао само право појединаца да траже заштиту својих права пред националним судовима у случајевима кад им је субјективно право повредила држава или државни орган, тзв. директно вертикално дејство. Касније је Суд правде ЕУ проширио примену начела директног дејства и на случајеве кад је субјективно право повређено од стране приватних лица, тзв. директно хоризонтално дејство.¹⁴¹ Одредбе права Европске уније којима је признато директно дејство могу да утичу на национално право на два начина. Прво, правила Европске уније могу да креирају ново право, које до тада није постојало. Друго, правила Европске уније могу да укину примену националних правила која су до тада постојала, а која су у супротности са усвојеним правилима Европске уније.

Услови које је Суд правде ЕУ поставио за примену начела директног дејства изгледали су презактевни и неусклађени са правном природом упутстава. У случају упутстава, права појединаца зависила би искључиво од доношења имплементирајућих мера од стране државе чланице. Због тога је Суд правде ЕУ врло рано заузео становиште да се услови за директно дејство не могу строго примењивати на упутства, те да се и упутствима треба признати директно дејство.¹⁴² У принципу, упутства могу производити директно дејство само након рока за имплементацију. Након протека овог рока, субјекти права се могу позвати на одредбе упутстава кад држава чланица није уопште или није у потпуности спровела упутства или кад су то учиниле на прави начин, али се имплементирајуће мере не примењују на прави начин. Суд правде ЕУ је признао упутствима само директно вертикално дејство, тако да се субјект права могао позивати на упутства једино у односу према држави чланици. Односи између појединаца су остали ван директног дејства упутстава. Непризнавање директног хоризонталног дејства упутствима донекле је ублажено увођењем доктрине индиректног дејства упутства, којом је Суд правде ЕУ обавезао националне судове да „хармонично“ тумаче национално право, тако да остваре циљ који је постављен у неимплементираним упутству,¹⁴³ као и увођењем принципа одговорности државе за накнаду штете настале неспровођењем упутстава, у случају *Francovich*.¹⁴⁴

Креирањем овог начела, право Европске уније је приближено самим грађанима, а тиме су институције Европске уније добиле „500 милиона савезника“ у имплементацији одредби права Европске уније. У супротном, грађани Европске уније би били демотивисани да траже остварење права додељених прописима Европске уније, јер би се морали обратити Комисији, која би у дуготрајном и сложеном поступку настојала да примора државу чланицу да поштује прописе Европске уније, али и даље оштећени грађанин не би могао да оствари накнаду штете.

¹³⁹ Р. Вукадиновић (2014), 154,

¹⁴⁰ Case 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

¹⁴¹ Case 127/73, *BRT v SABAM* [1974] ECR 51.

¹⁴² Case 41-74, *Van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337; Case 148/78 *Pubblico Ministero v Ratti* [1979] ECR 1629.

¹⁴³ Martijn Hesselink, „Contract theory and EU contract law“, *CSECL* 09/2015, 11.

¹⁴⁴ Case 22/87, *Commission v Italy* [1989] ECR 143.

1.2.3. Начело примата и аутономије права Европске уније

Начело примата права Европске уније није прописано у одредбама оснивачких уговора, него је настало кроз дугогодишњу јуриспруденцију Суда правде ЕУ. Тако је Суд правде ЕУ у случају *Humblet v. Belgium*¹⁴⁵ из 1960. године, наложио Белгији да укине мере о порезима које су у супротности са комунитарним правом, образложивши ову меру схватањем да ова обавеза произлази из Оснивачког уговора, који има снагу права у државама чланицама након њихове ратификације, и као такав има приоритет над националним правом. Међутим, у свом образложењу Суд правде ЕУ је примат правила комунитарног права засновао на правилима међународног права. Тек ће у каснијим случајевима примат комунитарног права почети да извлачи из његове аутономије и да проширује његово дејство на целокупно национално право, укључујући и уставе.¹⁴⁶

С обзиром на то да начело примата Европске уније није било на јасан начин прописано у оснивачким уговорима, национални судови нису одмах и у потпуности прихватили тумачење Суда правде ЕУ. Посебан отпор је настао код држава у којима је на снази дуалистичка концепција, као што је случај са Немачком, Италијом и Француском. Тако је немачки Савезни уставни суд, тек у случају *Solange II* из 1986. године признао примат права Европске уније, али и тада је, на један одређени начин, подвукао да примат права Европске уније не произлази из његове посебне природе, већ из толеранције уставног система Немачке.¹⁴⁷

Из начела примата права Европске уније произлази обавеза за националне законодавне органе да не усвајају прописе који нису усклађени са правом Европске уније, као и обавеза националних судова да у случају сукоба националних и прописа Европске уније, по службеној дужности, примене прописе Европске уније.

Начело примата права Европске уније дефинише и однос између права Европске уније и међународног права. Питање односа одредби права Европске уније и одредби међународних уговора потписаних између држава чланица и трећих држава регулисано је у Лисабонском уговору, члан 351 УФЕУ. Из одредби овог члана произлази да се начело примата не примењује на међународне уговоре који су потписани пре 1958. године, за старе државе чланице, односно до дана приступања Европској унији, за нове државе чланице. Односно, начело примата права Европске уније ће се примењивати на нове уговоре, као и модификације ранијих уговора за које Суд правде ЕУ процени да се могу сматрати као нови уговори.¹⁴⁸ У случајевима у вези са билатералним инвестиционим уговорима, Суд правде ЕУ је заузео становиште да су државе чланице дужне да ураде све што могу како би елиминисале несагласности са правом Европске уније, а, ако то није могуће, онда су дужне да се повуку из таквих билатералних инвестиционих уговора.¹⁴⁹ Такође, Суд правде ЕУ у случају *Kadi*¹⁵⁰ потврдио је примат права Европске уније чак и у односу на резолуције Уједињених нација.

¹⁴⁵ Case 6/60, *Humblet v Belgian State* [1960] ECR 559.

¹⁴⁶ Case 6/64, *Flaminio Costa v ENEL* [1964] ECR 585; Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr – und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125; Case 28/67 *Molkerei-Zentrale Westfalen v Hauptzollamt Paderborn* [1968] ECR 143.

¹⁴⁷ *BverfGE* 73, 339, CMLR 225 (1987) – *Solange II*.

¹⁴⁸ Case C-466/98 *Commission v United Kingdom* [2002] ECR I-9427.

¹⁴⁹ Case C-84/98 *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5171; Case C-324/93 *Evans Medical* [1995] ECR I-563; Case C-205/06 – *Commission v Austria*, 2009; Case C-249/06 *Commission v Sweden*, 2009.

¹⁵⁰ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International v Council of the European Union and Commission of the European Communities*.

2. Појам и историјски развој европског уговорног права

2.1. Појам и извори европског уговорног права

Европско уговорно право је основни правни механизам за успешно функционисање јединственог тржишта. Норме европског уговорног права представљају извор права за регулисање пословних односа на тржишту од скоро 500 милиона потрошача. Немогуће је замислити развој јединственог тржишта без развоја европског уговорног права. С обзиром на ту чињеницу, право уговора у Европа је предмет значајних промена и интересовања академске заједнице и институција Европске уније од осамдесетих година прошлог века.¹⁵¹ У почетку се предмет европског уговорног права изучавао у ширем контексту приватног права Европске уније и његовог утицаја на правне системе националних држава, али се постепено издвајао као посебан предмет интересовања и регулисања. У академској заједници, још увек, не постоји један општеприхваћени концепт европског уговорног права, него се могу издвојити три основна концепта.

Према првом концепту, европско уговорно право (*European contract law*) обухвата *acquis communautaire* уговорног права.¹⁵² Правила европског уговорног права извиру из примарног и секундарног права Европске уније. Примарно право које обухвата Оснивачке уговоре, Повељу о основним правима ЕУ, јуриспруденцију Суда правде ЕУ и признате опште принципе, одређује основне поставке европског уговорног права и правни основ за доношење уредби, директива и одлука, као правних аката секундарног права Европске уније. Европски законодавац је чешће користио директиве, него уредбе као облик регулисања, јер оне остављају националном законодавцу простора да изабере форму и метод, за постизање циља директиве, који ће произвести најмање тензије између националног и правног поретка Европске уније.

Према ширем концепту, европско уговорно право обухвата сва правила уговорног права која се примењују у Европској унији, без обзира на формалног доносиоца тих правила.¹⁵³ Тако, европско уговорно право, осим правила које усвајају институције Европске уније, обухвата и правила међународних конвенција која се примењују у државама чланицама, али не и у Европској унији као посебном *sui generis* ентитету, као и национална уговорна права држава чланица.¹⁵⁴ Најзначајни пример међународне конвенције је Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција), која на јединствен начин регулише право продаје између већине држава чланица ЕУ. Значајан је утицај који је Бечка конвенција извршила на реформе националних права држава чланица, пре свега, Холандије, Немачке и држава Источне Европе.¹⁵⁵ Такође, конвенција је коришћена као узор у главним аспектима при изради Директиве о заштити потрошача у Европској унији,¹⁵⁶ предлога Уредбе заједничког европског права продаје (ЗЕПП),¹⁵⁷ као и у раду Комисије за европско уговорно право. Паралелно са овим процесима, траје и процес стварања „меког права“ европског уговорног права, тако у ширем концепту европског уговорног права, *меко* право представља алтернативни метод класичном приступу који се спроводи „од врха према доле“. *Меко* право подразумева приступ „од доле према врху“, тако

¹⁵¹ *European Parliament's Resolution on action to bring into line the private law of the Member States*, OJ C 158 page 400, 26.6.1989.

¹⁵² Reiner Schulze, Fryderyk Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden 2016, 6.

¹⁵³ M. Hesselink, 8.

¹⁵⁴ R. Schulze, F. Zoll, 7.

¹⁵⁵ Вид. Franco Ferrari (ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, Munich 2008.

¹⁵⁶ Директива о правима потрошача из 2011. године – *Directive 2011/83/EU on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, OJ L 304, 22.11.2011 (даље у фуснотама: Директиве о заштити потрошача).

¹⁵⁷ Предлог Уредбе о заједничком европском праву продаје из 2011. године – *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD), 11.10.2011 (даље у фуснотама: ЗЕПП).

да инструменти *меког* права не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, нити су снабдевени правном санкцијом, али ипак производе правне последице. Процес стварања европског права од стране професионалних невладиних организација се већ препознаје као доминантан и означава се као „приватна кодификација“ или „незаконодавна кодификација“.¹⁵⁸ Најзначајније експертске групе су *Acqui-Group*, Европска комисија за уговорно право, Студијска група за Европски грађански законик.

Трећи концепт се заснива на упоредно-историјском приступу који не ограничава појам европског уговорног права само на право настало унутар Европске уније, него га шири изван граница Европске уније, на остале државе Европе.¹⁵⁹ Упоредно-историјски приступ користи се термином „Common European private law“ за означавање заједничких принципа, заједничког језгра, заједничког правног садржаја и заједничке правне праксе различитих правних традиција у Европи. Савремена литература користи и термин *ius commune* као пандан термину *ius communautaire*.¹⁶⁰ Наведеном приступу се може приговорити да неоправдано поистовећује „заједничку језгру европског права“ са природним правом, које стоји у основи свих правних система.¹⁶¹

Шири концепт највише одговара садашњем стању европског уговорног права, тако да појам обухвата правно обавезујуће акте Европске уније, законе и друге обавезујуће акте држава чланица ЕУ,¹⁶² обавезујуће инструменте међународних организација, као и необавезујуће правне инструменте (*soft law*). С друге стране, први концепт неоправдано наглашава одвојеност правила, усвојених од стране институције ЕУ, од правила насталих у оквиру националних правних система држава чланица.

Европско уговорно право је аутономно у односу на национална уговорна права. Аутономност европског уговорног права одликује се, уз примат права Европске уније, и посебном терминологијом и посебним правилима тумачења одредби европског уговорног права. Тако, терминологија европског уговорног права захтева аутономно тумачење у циљу осигурања униформности примене европског уговорног права у свим државама чланицама. Није дозвољено тумачење одредби европског уговорног права кроз призму националних правних традиција, јер би довело до различитих резултата у истим случајевима, с обзиром на различиту правну традицију држава чланица. Иако на први поглед изгледа да је европско уговорно право независно од националног права, ипак европско уговорно право није настало у изолацији и независно од утицаја националних правних система. Тај однос утицаја је био двосмеран. С једне стране, развој европског уговорног права, теорије и јуриспруденције,¹⁶³ стимулисан је и вођен кроз упоредну анализу националних решења за одређена правна решења.¹⁶⁴ С друге стране, развој националног уговорног права је под утицајем европског уговорног права, нарочито кроз имплементацију директива. Међутим, утицај европског уговорног права не налази се само у обавези држава чланица да имплементирају директиве. Није неуобичајено да држава чланица користи правила и принципе из једне директиве како би регулисала другу блиску област права, која није обухваћена односном директивом. Ипак, разлог за такву законодавну активност примарно се налази у потреби за избегавањем контрадикторности унутар националног правног система, која може да настане из различитог

¹⁵⁸ Вид. N. Jansen (2010).

¹⁵⁹ Владимир Вулегић, „*Ius commune Europaeum – Нови термин за старо решење*“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 169.

¹⁶⁰ Р. Вукадиновић (2014), 12.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Ови извори права се означавају као „пратеће право ЕУ“. Пратеће право подразумева оно право које није примарно или секундарно право ЕУ, а служи остваривању циљева Европске уније.

¹⁶³ Jules Stuyck, „The ECJ as a motor of private law“, *European Union Private Law* (ed. Ch. Twigg-Flesner), London 2010, 101-115.

¹⁶⁴ Вид. УФЕУ, члан 340, став 2 експлицитно прописује да: „у случају вануговорне одговорности Унија, у складу са општим начелима која су заједничка правима држава чланица, надокнадиће штету коју су проузроковале њене институције или службеници у вршењу својих дужности“.

регулисања две блиске области права. Тако, одредбе европског уговорног права постају извор инспирације за националног законодавца и без формалне обавезе за хармонизацијом.

С обзиром на повезаност, како развојну тако и функционалну, између европског уговорног права и националног уговорног права држава чланица, у овом раду посебно ће бити наглашено функционално јединство ова два аутономна дела, у оквиру вишеслојног правног система Европске уније. Највећим делом европско уговорно право одређено је кроз одредбе бројних директива које је европски законодавац усвојио у протеклих тридесетак година, регулишући различита питања и аспекте уговорног права. Притом, европски законодавац није приступио усвајању директива према неком унапред усвојеном стратешком плану, него је усвајање директива вршено зависно од тренутних потреба за правним уређењем одређене проблематичне материје. Као резултат настало је изразито фрагментисано и неконзистентно европско уговорно право.

У циљу једноставнијег прегледа изложићемо најзначајније директиве, и то према предмету регулисања.

Директиве потрошачког права – у области заштите потрошачких права *acquis* је почео са развојем релативно рано и до сада је постао област са највише усвојених директива. Почетак се може везати за Директиву из 1985. године за заштиту потрошача у погледу уговора склопљених ван пословних просторија.¹⁶⁵ Након тога усвојене су следеће директиве: директива о заштити потрошача у уговорима о организовању путовања,¹⁶⁶ директива о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима,¹⁶⁷ директива о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама,¹⁶⁸ директива о оглашавању финансијских услуга код уговора на даљину,¹⁶⁹ директива о заштити потрошача у уговорима о потрошачком кредиту,¹⁷⁰ директива о *timesharing* уговорима,¹⁷¹ директива о хипотекарним кредитима,¹⁷² директива о заштити потрошачких права,¹⁷³ која представља једну од најважнијих директива (изменила је директиву о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима из 1993. године, као и директиву о заштити потрошача при куповини робе и услуга на тржишту из 1999. године, и укинула директиву за заштиту потрошача у погледу уговора склопљених ван пословних просторија из 1985. године).

¹⁶⁵ Директива за заштиту потрошача у погледу уговора склопљених ван пословних просторија из 1985. године – *Council Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises*, OJ L 372, 31.12.1985.

¹⁶⁶ Директива о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања из 1990. године – *Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours*, OJ L 158, 23.6.1990.

¹⁶⁷ Директива о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима из 1993. године – *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ L 95, 21.4.1993.

¹⁶⁸ Директива о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама из 1999. године – *Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*, OJ L 171, 7.7.1999.

¹⁶⁹ Директива о оглашавању финансијских услуга код уговора на даљину из 2002. године – *Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC*, OJ L 271, 9.10.2002.

¹⁷⁰ Директива о заштити потрошача у уговорима о потрошачком кредиту из 2008. године – *Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC*, OJ L 133, 22.5.2008.

¹⁷¹ Директива о заштити потрошача у односу на одређене аспекте уговора о праву на временски ограничену употребу некретнине, о дугорочним производима за одмор, препродаји и размени из 2008. године – *Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts*, OJ L 33, 3.2.2009.

¹⁷² Директива о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине из 2014. године – *Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010*, OJ L 60, 28.2.2014.

¹⁷³ Директиве о заштити потрошача.

Код директива о малим и средњим предузећима најзначајније су: директива о трговачким заступницима,¹⁷⁴ директива о борби против кашњења у плаћању у пословним трансакцијама,¹⁷⁵ директива о посредовању у осигурању.¹⁷⁶

Код директива о електронској трговини, усвојене су следеће директиве: директива о електронском потпису,¹⁷⁷ која је укинута 2014. године од стране Уредбе о електронској идентификацији и услугама поверења за електронске трансакције на унутрашњем тржишту;¹⁷⁸ директива о електронској трговини.¹⁷⁹

2.2. Историјски развој европског уговорног права

2.2.1. Активности академске заједнице на развоју европског уговорног права

Даљи развој јединственог тржишта захтевао је регулисање нових области уговорног права од стране европских законодаваца. С обзиром на то да европско уговорно право болује од фрагментисаности и некозистетности, било је неопходно започети рад на принципима, дефиницијама и правилима општег дела европског уговорног права.

Пионирски рад на успостављању свеобухватног система европског уговорног права започела је међународна група правника предвођена данским правником Олеом Ландом (*Ole Lando*), под називом Комисија за европско уговорно право (*Commission for European Contract Law*). Као резултат њиховог рада настали су Принципи европског уговорног права (*Principles of European Contract Law – PECL*). Свој рад комисија је засновала на упоредној анализи националних права у циљу проналажења „заједничких принципа“, тенденција и „најбољих правних решења“.¹⁸⁰ Значајан утицај на резултате рада комисије имала је компаративна студија Ернста Рабела (*Ernst Rabel*), као и *UNIDROIT* Принципи о међународним трговинским уговорима. Ландова комисија је успела да надогради принципе и правила Конвенције о међународној продаји роба, и да их трансформише у правила општег уговорног права, које је применљиво на све врсте уговора, а не само на уговор о продаји. Квалитет решења до којих је дошла ова комисија, огледа се у чињеници да су Ландови принципи представљали модел за све касније комисије о европском уговорном праву.

Даљи рад на европском уговорном праву огледа се у објављивању нацрта Европског законика о уговорном праву (*European Contract Code – Preliminary Draft*) од стране тзв. „Павиа групе“, предвођене професором Г. Гандолфијем. За разлику од Ландових начела, „Павиа нацрт“ укључује неколико одредби о потрошачком праву у општи део уговорног права и укључује посебна правила за посебне врсте уговора.¹⁸¹ Међутим, слабост овог пројекта лежи у чињеници да се „Павиа група“ фокусира на решења из италијанског права, а не на ширу упоредну анализу правила Бечке конвенције.

Ландова начела и „Павиа нацрт“ нису допринели постизању вишег степена кохерентности европског уговорног права. Они су представљали академске радове о „идеалном“ систему европског уговорног права, без дубље анализе одредби постојећег

¹⁷⁴ Директива о усклађивању права држава чланица у вези samozапослених трговачких заступника из 1986. године.

¹⁷⁵ Директива о борби против кашњења у плаћању у пословним трансакцијама из 2000. године.

¹⁷⁶ Директива о посредовању у осигурању из 2002. године – *Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation, OJ L 9, 15.1.2003.*

¹⁷⁷ Директива о оквиру Заједнице за електронски потпис из 1999. године – *Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, OJ L 13, 19.1.2000.*

¹⁷⁸ Уредба о електронској идентификацији и услугама поверења за електронске трансакције на унутрашњем тржишту – *Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, OJ L 257, 28.8.2014.*

¹⁷⁹ Директива о електронској трговини.

¹⁸⁰ O. Lando, „My life as a lawyer“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3/2002, 519-520.

¹⁸¹ R. Schulze, F. Zoll, 23.

европског уговорног права. Управо је „Истраживачка група о постојећем европском приватном праву“ (*Research Group on the Existing EC Private Law*), позната као „*Acquis* група“, засновала свој рад на анализи одредби постојећег ЕУ приватног права. „*Acquis* група“ није видела европско уговорно право као некохерентан систем састављен од појединачних законодавних текстова, већ као скуп општих принципа и правила који се конкретизују кроз појединачне законодавне текстове.¹⁸² На пример, различите директиве могу садржати одредбе о начелу савесности и поштења, као принцип европског уговорног права, а не појединачног сектора. Зато су *Acquis* принципи широко дефинисани и применљиви на различите типове уговора те у том смислу они представљају општи део уговорног права. Општа правила су допуњена правилима која су креирана за потребе посебних уговора. Свако поглавље *Acquis* принципа садржи како општа, тако и посебна правила, за посебни предмет регулисања, нпр; предуговорне обавезе, закључење уговора, итд. Ипак, у поређењу са Ландовим начелима, *Acquis* принципи мањају у оним областима где не постоји значајнија позитивна регулатива ЕУ, као што је област раскида уговора због мана воље или промењених околности.¹⁸³

2.2.2. Активности институција ЕУ у развоју европског уговорног права

Почетак активности институција ЕУ у развоју европског уговорног права, везује се за усвајање Акционог плана о кохерентнијем европском уговорног праву.¹⁸⁴ Акциони план је предвиђао напуштање секторског приступа и окретање према регулисању уговорног права на општи, кохерентан и свобухватан начин. На основу упоредне анализе националних права и *acquis communautaire*-а, планирана је израда и усвајање „Заједничког појмовног оквира“, који ће обухватати принципе, дефиниције и модел-правила уговорног права и служиће као „алат“ за побољшање европске легислативе. Акциони план је одлучио да изврши синтезу компаративне методе и *acquis* методе, тако да су формиране две засебне истраживачке групе¹⁸⁵ у оквиру *CoPECL-Network*. Ове две истраживачке групе су се на крају спојиле како би израдиле академски „Нацрт заједничког појмовног оквира“. Поред уговорног права, Нацрт укључује и друге области уговорног права, као и стварно право. Књига II Нацрта је нарочито успешно користила комбинацију *acquis* методе и компаративне методе при регулисању питања преговора, закључења уговора и садржине уговора. *Acquis* метода самостално је коришћена при регулисању правила недискриминације, рекламирања, предуговорних обавеза и права повлачења из уговора. Право продаје у IV Књизи снажно је засновано на правилима Директиве о заштити потрошача при куповини робе. Компаративни метод коришћен је у осталом делу Нацрта.

Европска комисија није употребила академски Нацрт како би створила политички референтни оквир за будућу законодавну активност, како је то предвидела у Акционом плану. Узимајући у обзир близину изборне године, Комисија се окренула развоју „опционог инструмента“ који се спомињао у Акционом плану као „могући други корак након завршетка Заједничког референтног оквира“.¹⁸⁶ Опциони инструмент је представљао алтернативни пут, како за метод минималне хармонизације, тако и за метод потпуне хармонизације. На такав начин раније је уређена и област компанијског права. Припреме на опционом инструменту су трајале око годину дана и укључиле су академску и пословну заједницу. У новембру 2011. године Комисија је објавила предлог уредбе о Заједничком европском праву продаје (ЗЕПП). Материјална правила о праву продаје се налазе у анексу предлога уредбе. Опциони инструмент се претежно заснивао на решењима из Нацрта, међутим ограничио је предмет регулисања само на уговоре о продаји робе, уговоре о пружању повезаних услуга и

¹⁸² *Ibid.*, 24.

¹⁸³ R. Schulze, F. Zoll, 25.

¹⁸⁴ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European contract law – An action plan*, COM/2003/0068 final, OJ C 63, 15.3.2003.

¹⁸⁵ „The Study Group on a European Civil Code“, која је примењивала компаративни метод, и *Acquis group*.

¹⁸⁶ R. Schulze, F. Zoll, 27.

снабдевање дигиталним садржајем. Такође, регулатива о Заједничком европском праву продаје би се примењивала на потрошачке уговоре, али не и на трговинске уговоре, осим ако је барем једна од уговорних страна мало или средње предузеће.¹⁸⁷ Такође, на основу члана 4, територијална примена ЗЕПП је ограничена само на уговоре о прекограничној продаји. Ипак, у члану 13 је предвиђена опција за државе чланице да прошире обим примене ЗЕПП, како на случајеве у трговинским уговорима где ни једна страна није мало или средње предузеће, тако и на случајеве унутрашње продаје. Тек ако су испуњени ови општи услови за његову примену, онда уговорне стране могу да изаберу ЗЕПП као меродавно право. За разлику од Бечке конвенције где важи метод *opt out*, јер се правила Бечке конвенције примењују по сили закона, осим ако су искључена од стране уговорних страна, код Уредбе о заједничком европском праву продаје би важио метод *opt in*.

Законодавни поступак усвајања предлога Уредбе о заједничком европском праву продаје је од почетка био повезан са академском и политичком дебатом о самом концепту ЗЕПП, као и о појединачним одредбама. Дебата се претежно водила о ваљаности правног основа у члану 114 УФЕУ, као и о односу ЗЕПП са Уредбом *Рим I*. Европски парламент није се придружио критикама Комитета за унутрашње тржиште (*IMCO*) у погледу предлога ЗЕПП, више је делио мишљење Комитета за правне послове (*JURI*), који је заузео став да предлог, у принципу, треба да буде усвојен.¹⁸⁸ Европски парламент је извршио серију измена у тексту предлога ЗЕПП, као одговор на предлоге академске и пословне заједнице. Најзначајнија измена се односи на сужавање обима примена ЗЕПП само на „дистанционе уговоре“, али ипак Европски парламент позива, након првог читања, да се још једном размотри могућност да се обим примене ЗЕПП прошири у наставку законодавног поступка.¹⁸⁹ Међутим, недавно изабрана Комисија је објавила да ће објавити измењени текст ЗЕПП са посебним акцентом на остваривање пуног потенцијала *on-line* трговине.¹⁹⁰ У овом тренутку није могуће предвидети како, у ком облику и када ће ступити на снагу европска кодификација права продаје.¹⁹¹ Без обзира на то што је предлог Уредбе ЗЕПП повучен из законодавног поступка крајем 2015. године, ЗЕПП представља статус развоја европског уговорног права. Први пут је креиран предлог кодификације, који ће засигурно бити извор инспирације за будуће европско и национално законодавство.¹⁹²

2.3. Особине европског уговорног права

Европско уговорно право, као део правног поретка у настајању, одликује се следећим основним особинама.

2.3.1. Фрагментисаност европског уговорног права

Фрагментисаност је основна особина европског уговорног права. Ако изузмемо необавезујуће академске радове и предлоге уредби у процедури, ЕУП не садржи правила општег дела уговорног права, која би се могла примењивати на све типове уговора. Можемо рећи да је европско уговорно право скуп разасутих посебних секторских правила, прилагођен

¹⁸⁷ ЗЕПП, члан 7, став 1.

¹⁸⁸ European Parliament and the Council, *Report on the proposal for a regulation on a Common European Sales Law*, COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD), Brussels, 25 September 2013, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0301+0+DOC+XML+V0//EN#title2>, 29.10.2016.

¹⁸⁹ European Parliament, *Text of the proposal for a regulation on a Common European Sales Law adopted by Parliament, 1st reading/single reading*, Brussels 2014, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1339866&t=e&l=en>, 29.10.2016.

¹⁹⁰ European Commission, *Extract from the Political Guidelines for the next European Commission*, Brussels, 2015, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>, 31.10.2016.

¹⁹¹ R. Schulze, F. Zoll, 31.

¹⁹² *Ibid.*, 32.

специфичним потребама као што су потребе трговаца и потрошача. Најчешћа правила европског уговорног права уређују поједине грађанскоправне институте, на пример, одговорност продавца за материјалне недостатке ствари или одговорност за штету произвођача. Међутим, није редак случај да се посебно регулишу посебни аспекти појединих грађанскоправних института, на пример, утицај непоштених одредби на ваљаност потрошачког уговора, право на одустанак од потрошачких уговора. При изради правних аката у једном сектору, законодавац ЕУ се не служи увек истом терминологијом,¹⁹³ нити, чак, користи исти теоријскоправни концепт, тако да је могуће наћи случајеве да су различити аспекти једног истог сектора, регулисани у светлу различитих правних традиција или теоријскоправних концепција. Све то доводи до непрегледности и сложености пословања на јединственом тржишту. Нарочито, ако узмемо у обзир да је некад за дефинисање правног режима, који уређује одређени уговорни однос, неопходно консултовати национална правила, правила ЕУ и међународна правила. Посебан вид фрагментисаности европског уговорног права проистиче из чињенице да је примена правила најчешће ограничена само на потрошачке уговоре (B2C), док се само одређени број правила примењује и на трговинске уговоре (B2B). Међутим, европско уговорно право нема одредбе које регулишу односе у коме ни једна страна није трговац, тзв. цивилне уговоре (C2C), што је у супротности са праксом у државама чланицама.

2.3.2. Функционална усмереност европског уговорног права

Функционална усмереност европског уговорног права је одлика да се правни акти доносе ради остварења одређених циљева или политика који су прокламовани у Лисабонском уговору, а не ради уређења одређене правне области на систематичан и свеобухватан начин. Услед функционалног приступа, европско уговорно право је постало врло фрагментисано и комплексно. Уобичајена је појава да уз правни акт општег карактера, постоји и читав низ посебних правних аката који уређују питања из директива. На пример, поред општег закона о облигационим односима, постоји посебан закон који регулише посебну врсту уговора, те посебан закон који уређује заштиту потрошача у тој врсти уговора. Односи између општих и посебних правних аката су веома комплексни, јер у пракси није лако одредити који правни акт је „посебнији“, тј. на које се аспекте одређеног правног односа примењује који од закона.¹⁹⁴

Функционална усмереност је одлика како прописа који регулишу потрошачке уговоре, тако и прописа који уређују трговинске односе, на пример, директива о трговинским агентима и директива против кашњења у плаћању. Највећи део правила европског уговорног права има за циљ успостављање или функционисање унутрашњег тржишта, тако да ови правни акти налазе свој правни основ у члану 114 УФЕУ. Како је циљ побољшања функционисања унутрашњег тржишта постао преузак за правила европског уговорног права, Комисија је проширила овај циљ на „економски развој“ и „правду за развој – *justice for growth*,¹⁹⁵ на шта се и позивају директива о заштити потрошача, као и предлог ЗЕПП. Уредба о заштити путника у ваздухопловном саобраћају нема за циљ побољшање функционисања унутрашњег тржишта, него је усмерена ка остварењу заједничке транспортне политике.

¹⁹³ Chiara Perfumi, „Theory and practice of constructing a common contract law terminology“, *Opinion Juris in Comparatione* 1/2012, 3.

¹⁹⁴ Tatjana Josipović, „Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*, Beograd 2010, 299.

¹⁹⁵ *Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions: The EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union*, COM(2014) 144 final, 11.3.2014.

2.3.3. Вишеслојност и некозистентност европског уговорног права

Вишеслојност и некозистентност европског уговорног права узрокована је правном природом директива, као најчешћег извора права у овој области. Строго говорећи, ако кренемо од чињенице да је европско уговорно право део европског приватног права и да се правила европског уговорног права примењују хоризонтално, на уговорне односе између појединаца, а да, с друге стране, директивама као најчешћем облику регулације није признато директно хоризонтално дејство, онда можемо закључити да мало од онога што се уобичајено назива европским уговорним правом¹⁹⁶ заиста има карактеристике приватног и уговорног права. Директиве су упућене државама чланицама, а не појединцима, стога, Европски суд правде им није признао директно хоризонтално дејство.¹⁹⁷ Приватни субјекти немају право да се директно позивају на одредбе директива, тј. њихова субјективна права искључиво зависе од имплементирајућих инструмената државе чланице. Из тога даље следи да европско уговорно право представља незаокружен и несамосталан систем, који због тога мора бити инкорпорисан у правни поредак држава чланица, са којим у јединству чини заокружен систем.¹⁹⁸ Међутим, такав систем се одликује неконзистентношћу, јер правни институти, односно поједини аспекти неког правног института, који су одређени директивом, не могу се увек у целости уклопити у постојећи систем националног уговорног права. Ова немогућност произлази некад из чињенице да такав правни институт никада није постојао у националном праву, а некад из чињенице да је правни институт у директиви уређен на начелима која значајно одступају од начела на којима се темељи национални правни поредак. Ипак, генерално говорећи, национално и право ЕУ чине јединствени систем објективног права из којег приватни субјекти црпе своја субјективна права.

2.3.4. Остале особине европског уговорног права

Највећи број правних инструмената ЕУ, као и случајева пред ЕСП, усмерен је ка заштити права потрошача. Принципи и општа правила која су карактеристична за потрошачко право, уз мање модификације, ширила су поље примене и на уговоре у привреди, постајући тако основ на коме се темеље принципи и правила општег дела уговорног права за све типове уговора. На пример, правила ЗЕПП се примењују како на потрошачке уговоре, тако и на уговоре у привреди у којима је једна уговорна страна мало или средње предузеће. С тим да држава чланица има право опције проширења обима примене ЗЕПП и на уговоре у привреди, без икаквих ограничења у погледу величине привредног субјекта као уговорне стране.

Европско уговорно право је обликовано и под утицајем Повеље основних права ЕУ, и то кроз морализацију правила ЕУП. Иако права из Повеље могу да имају директно хоризонтално дејство на уговорне односе, најзначајнија улога Повеље односи се на тумачење директива при њиховој имплементацији.¹⁹⁹ Разноврсност права гарантованих Повељом, од права на обављање пословне активности до права о заштити потрошача, остављају отворено питање везано за приоритет појединих основних права у односу на друге.

Обавеза информисања купца и право купца да се повуче из уговора, представљају материјализацију највиших стандарда у заштити потрошача и основну специфичност ЕУП. Предуговорна обавеза информисања купца је кључни аспект заштите потрошача. Професионални продавац је дужан да детаљно и опширно информисе купца о карактеристикама робе или услуге. У одређеним случајевима, захтева се да информације

¹⁹⁶ Ако би се држали овакве „строге“ дефиниције европског уговорног права, онда би уредбе о заштити конкуренције, уредба о праву путника у авионском саобраћају и сличне уредбе долазиле под овај појам.

¹⁹⁷ ЕСП је признао директивама директно вертикално дејство, тј. субјекти права се могу позивати на одредбе директиве ако се ради о односу између појединца и државе.

¹⁹⁸ Вид. М. Hesselink, „How many systems of private law are there in Europe?“, *Pluralism and European private law* (ed. Leone Niglia), Oxford 2013, 199-247.

¹⁹⁹ R. Schulze, F. Zoll, 12.

буду предате купцу у облику стандардизованог формулара.²⁰⁰ У већини држава чланица ова обавеза није постајала, или није постојала на овом нивоу, тако да су имплементирајући инструменти стварали једну квалитативно нову обавезу за продавца. Право купца да се повуче из потрошачког уговора, такође, представља новину којом се умногоме смањује обавезност уговора за потрошача. Купац има право да се повуче из потрошачког уговора, након што схвати да му се не свиђа оно што је купио преко интернета или да је прескупо, тако што ће вратити робу продавцу у периоду од две седмице, без обавезе да дâ икакво објашњење.²⁰¹

3. Појам и карактеристике уговора у привреди

3.1. Преглед концепција о појму уговора у упоредном праву

3.1.1. Концепције о појму уговора у енглеском праву

Пре прихватања „цивилног“ начина размишљања о уговорима у XIX веку, енглеска концепција о уговорима се заснива на три основна елемента: обећање (*promise*), противчинидба (*consideration*), повреда обећања (*breach of promise*).²⁰² Ова концепција у први план ставља једнострано „обећање“, а не уговор као двострани правни посао, с тим да се обавезеност обећања не заснива на акту давања самог обећања, нити на његовом пријему, нити сагласности воља, него у чину „противчинидбе – *consideration*“ који чини обећање угуживим. Питање уговора, као таквог, се ставља у други план, док се пре свега говори о обећању, повреди обећања и тужбама због повреде обећања.²⁰³

Посебност енглеског поимања уговора лежи у теорији противчинидбе (*Doctrine of consideration*). Према овој теорији, за постојање и пуноважност уговора битно је само да ли једна страна обећава неку противчинидбу (чинидбу, накнаду, узвратну радњу) другој страни, за корист коју од ње прима.²⁰⁴ Противчинидба може да буде било која радња, како позитивна тако и негативна, под условом да није забрањена императивним прописима. Противчинидба може да буде и нематеријалне природе, али је нужно да барем за једног уговорника има економску вредност. Иако су противчинидбе углавном узајамне, довољно је да једна уговорна страна другој учини корист, а да од њега не прими било какву корист, под условом да сауговорник сноси неки „терет“ (*detriment*).²⁰⁵ Противчинидбу, као основ пуноважности уговора, не треба изједначавати са „каузом“ из континенталног уговорног права. У енглеском праву је небитно да ли је противчинидба једног уговорника кауза (разлог) због којег други са њим закључује уговор. Пуноважан је уговор и када једна страна противчинидбом друге стране, постиже циљ различит од оног који, према општем мишљењу, треба да се постигне.²⁰⁶ Поред општих услова, чинидба у енглеском праву мора да испуни посебне услове: прво, чинидба не сме да се односи на радњу из прошлости, односно на радњу која је извршена пре закључења уговора; друго, чинидбу мора да изврши сауговорник, а не треће лице; треће, противчинидба не сме да буде радња коју је сауговорник иначе дужан да изврши, по закону или неком другом уговору; четврто, чинидба мора да има неку економску вредност за другу уговорну страну.²⁰⁷ Строгом применом ове теорије, добротини споразуми (поклон, послуга или бесплатна остава) сматрају се необавезујућим и

²⁰⁰ На пример, уговори о потрошачким кредитима.

²⁰¹ R. Schulze, F. Zoll, 13.

²⁰² Alfred William Brian Simpson, *Legal theory and legal history: Essays on the common law*, London 1987, 181.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Небојша Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 67.

²⁰⁵ *Ibid.*, 71.

²⁰⁶ *Ibid.*, 67.

²⁰⁷ *Ibid.*, 75.

неутуживим, јер прималац добротинства не даје добротинитељу било какву противчинидбу за узврат.²⁰⁸

До средине XIX века, теорија воље је пустила корене у енглеском праву, и правници полако прихватају значај споразума (*agreement*), заснованог на понуди (*offer*) и прихватању понуде (*acceptance*), као предуслова за закључење уговора (*contract*).²⁰⁹ Појам споразума у енглеском праву треба схватити као „сагласност воља“ у српском праву.²¹⁰ Ипак, нити судови нити академска заједница нису одбацили теорију противчинидбе. Правни текстови, у том периоду, обилују различитим дефиницијама о појму уговора, које дају различит значај и распореде основним идејама о уговору, од идеје „обећања“ и „противчинидбе“, преко идеје о „споразуму“, до идеје о „обавезности уговора“ и „слободе уговорања“. Ипак, идеја о уговору као извору облигације, и уговорном праву као делу ширег облигационог права, никада није заживела у енглеском праву. У модерном енглеском праву, постоји тензија између ове две концепције.

Прва концепција дефинише уговор на начелима која осликавају трговински аспект овог правног посла, она види уговор као нагодбу (*bargain*) између уговорних страна, о будућим узајамним противчинидбама. Тако се наводи да је уговор обећање којем право даје заштиту у виду права на тужбу, у случају повреде обећања, или чинидба којој право признаје обавезу противчинидбе.²¹¹ Оваква дефиниција уговора оставља простор и за пуноважност добротиних уговора, тако што се обећање уписује у посебну писмену форму (*deed*), а сама обавезност обећања произлази из употребе те посебне писмене форме, за коју закон прописује посебну тужбу.²¹² Може се закључити да ова концепција одређује уговор као обећање праћено противчинидбом или обећање уписано у *deed*. Одступање од строге примене теорије противчинидбе је последица утицаја континенталног права у процесу европских интеграција, што се потврђује у чињеници да у праву САД ни посебна писмена форма не даје пуноважност и утуживост уговора о поклону.²¹³ Ипак, у судској пракси су се дешавали случајеви, у којима је очигледан *animus donandi*, али судови су били „ограничени“ да донесу бесмислене и неправичне одлуке, зато што није испоштована форма *deed*. Да би се избегла ова нелогичност у споразумима у којим није било противчинидбе, судови су почели да широко тумаче израз „корист“ или „терет“ којим се одређује садржина противчинидбе. Тако је суд у случају *Shadwell v. Shadwell* (1860) заузео став да је тужилац испунио своју обавезу тиме што се оженио својом вереницом.²¹⁴ Уговорне стране које су хтеле да „осигурају“ свој добротини споразум, а не да га препусте суду на „оцену“ пуноважности, приказивале су уговор о поклону као уговор о продаји са симболичном ценом. Енглеско право не усваја правило о једнакости престација, него је довољно да противчинидба буде задовољавајућа (*sufficient*). На основу овог правила, уговорне стране су биле у могућности да споразум где поклонодавац обећава другоме одређену корист, а поклонопримац обећа поклонодавцу противчинидбу која је симболична, формирају као теретан и двостран уговор, иако су противчинидбе битно неједнаке вредности. Овде је важно напоменути да енглески судови не примењују општа начела која одговарају начелу добре вере, савесности и поштења или сл. у континенталном праву. Примена теорије противчинидбе наилази на потешкоће и у случају уговора у корист трећих лица. Тачније, доследна примена теорије противчинидбе не допушта да треће лице, у чију је корист уговор закључен, има право да тужи дужника из уговора, чак иако је неспорна намера уговорних страна да дужник чинидбу учини у корист трећег лица. Суд је у случају *Tweddle v Atkinson*, теорија противчинидбе и поверљивост уговора (*doctrine of privity of contract*), заузео став да треће лице нема право на тужбу против

²⁰⁸ *Ibid.*, 78.

²⁰⁹ Patrick Selim Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, London 1979, 407.

²¹⁰ Н. Јовановић, 65.

²¹¹ Simon Whittaker, Karl Riesenhuber, „Conceptions of Contract“, *The Common European Sales Law in Context* (eds. Gerhard Dannemann, Stefan Vogenaue), Oxford 2013, 128, фн. 42.

²¹² *Ibid.*, 128.

²¹³ Н. Јовановић, 78.

²¹⁴ *Ibid.*, 83.

дужника, јер није дало никакву противчинидбу дужнику, те закључује: „противчинидба мора потећи од уговорника који има право на тужбу, на основу уговора“.²¹⁵ Оваква пракса одржала се све до 1999. године када је британски парламент усвојио Акт о уговорима (*Contracts Act - Rights of Third Parties*),²¹⁶ када признаје право трећим лицима, у чију је корист уговор закључен, да тужи дужника из уговора, ако је неспорна намера уговорних страна да дужник чинидбу учини у корист трећег лица.

Друга концепција дефинише уговор као споразум који је правом признат и заштићен. Појам споразума у енглеском праву треба схватити као „сагласност воља“ у српском праву.²¹⁷ Користећи се појмом споразума као основом уговора, ова концепција наглашава значај заједничке намере уговорних страна и минимизује значај доктрине противчинидбе. Ипак, при тумачењу заједничке намере уговорних страна користи се објективни приступ, тако да се за одређивање заједничке намере не инсистира на стварној вољи страна уговорница, већ се инсистира на створеном оправданом очекивању (*reasonable reliance*).²¹⁸ Тако и теорија естопела (*Doctrine of Estoppel*), забрањује уговорнику да накнадно оспори своју изјаву ако би тиме могао да нашкоди сауговорнику, који се основано поуздао у њену истинитост приликом обављања својих правних послова. Теорија естопела ограничава теорију противчинидбе тиме што даваоцу изјаве одузима право да касније од изјаве одустане, тврдећи да га она не обавезује због тога што му сауговорник није дао никакву противчинидбу, што би, иначе, при доследној примени теорије противчинидбе имао право да тврди. С обзиром на последице које изазива, имамо стварноправни естопел (*proprietary estoppel*) и облигациони естопел (*promissory estoppel*). Код облигационог естопела забрањује се уговорнику, који је сауговорнику на недвосмислен начин саопштио да се неће строго држати својих права из уговора, да касније, након што се сауговорник поузда на саопштење, тражи строго поштовање својих права, ако би то сауговорнику створило веће неприлике.²¹⁹ У енглеском праву облигациони естопел не може бити основ за настанак нових права уговорних страна, нити за њихово увећавање, већ само може да умањује права или да их укида.²²⁰

Изненађује чињеница да ово двојство опстаје у енглеском праву већ два и по века. Приметно је да у већини књига енглеских аутора, након уводног поглавља следи поглавље о понуди, прихвату понуде и условима уговора, након тога у трећем поглављу описује се теорија противчинидбе са нагласком на обећање и противчинидбу као услов пуноважности, а на крају се разматра и теорија о заједничкој намери уговорних страна да заснују правни однос. Тако, на пример, у књизи Едвина Пила (*Edwin Peel*) друго поглавље носи назив „Споразуми“, треће „Противчинидба“, а четврто „Намера уговора“.²²¹

3.1.2. Концепција о појму уговора у немачком праву

У немачком праву уговор је централна институција како у облигационом, тако и у праву својине, породичном и наследном праву.²²² С обзиром на улогу уговора у различитим деловима приватног права, Немачки грађански законик регулише питање уговора у „Општем делу – Књига I“ и у „Општем делу облигационог права – Књига II“.²²³ Општи део Немачког грађанског законика садржи одредбе о закључењу уговора, манама воље, пуноважности уговора и сл. У Општем делу облигационог права, могу се наћи одредбе о повреди уговора. Док се у делу о „посебним врстама облигација“ говори о посебним врстама уговора, као што

²¹⁵ Case *Tweddle v Atkinson* [1861] 1 B&S 393,398, QB.

²¹⁶ Доступно на: www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31, 04.11.2016.

²¹⁷ Н. Јовановић, 65.

²¹⁸ Stephen A. Smith, *Contract Theory*, Oxford 2004, 78-84.

²¹⁹ Н. Јовановић, 85.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Вид. Edwin Peel, *Treitel on the Law of Contract*, London 2011.

²²² R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

²²³ Ненад Ђурђевић, „Место облигационог права у Немачком грађанском законнику“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002, 74.

је уговор о продаји, поклону, итд. Осим тога, правила о уговорима у привреди обухваћена су Немачким трговинским закоником. Без обзира на то што се одредбе о уговору налазе у различитим деловима и законцима, концепт уговора је јединствен. Концепт уговора у немачком праву одликује се свеобухватним и дедуктивним приступом регулисања материје, од општег ка појединачном. Такав приступ је био потврђен приликом модернизације немачког облигационог права 2002. године, када су одредбе потрошачког права Европске уније „уклопљене“ из Немачког грађанског законика, како би се сачувала кохерентност и непротивречност немачког грађанског система.²²⁴ Посебна правила потрошачког права, као што је право на повлачење из уговора или обавеза информисања, нису рефлексije различите правне природе потрошачких уговора. Без обзира на посебна правила, и потрошачки уговори и уговори у привреди имају исту правну природу и произлазе из јединственог концепта уговора у немачком праву. Због усвојеног система излагања материје у Немачком грађанском законнику, потребно је одређене одредбе садржане у овом законнику читати у светлу других одредаба које се баве том материјом. На пример, код уговора о трговинској продаји, морају се узети у обзир одредбе Општег дела, затим одредбе из облигационог права, након тога општи прописи о уговорима, прописи који се тичу конкретно уговора о продаји у Немачком грађанском законнику, и на крају одредбе из Немачког трговинског законика које дефинишу појединости трговинских односа.

Немачки грађански законик не садржи дефиницију уговора, те је зато неопходно анализирати карактеристике и улогу коју институт уговора има, како би се дошло до свеобухватне дефиниције. Основна улога уговора је представљена у делу о облигационом праву, где стоји да је уговор неопходан услов да би се створила облигација или променила садржина облигације.²²⁵ О карактеристикама уговора у Немачком грађанском законнику говори се у Општем делу, у трећем поглављу под називом „Правни послови“, наслов „Уговори“. Уговор је одређен као двострани правни посао, који настаје сагласношћу изјава воље између два или више лица. Закључење уговора кроз понуду и прихват понуде представља специфичан и формалан начин закључења уговора, тако да се уговор може закључити и на друге начине, на пример, кроз процес преговарања и погодбом, само је важно да дође до сагласности воља. Идеја о уговору је заснована на филозофским учењима Канта и Хегела па је тако уговор израз узајамног поштовања између уговорних страна, као „личности“ у етичком смислу. Суштински елемент уговора лежи у самоограничавању, односно самоподвргавању уговорних страна условима уговора, као израз њихове слободне воље. Уговор подразумева да је постигнути споразум обавезујући између уговорних страна, јер су оне, у складу са својом слободном вољом, договориле да уговор има снагу закона у њиховом правном односу. Немачки правници проналазе да обавезујућа природа облигација произлази из самог уговора, по чему се увелико разликују од својих енглеских колега.²²⁶ Тиме је и питање пуноважности добротних уговора у потпуности уклоњено. Немачки грађански законик не прописује посебну форму за закључење добротних уговора, с тим да се код поклона захтева упис уговора у нотарску евиденцију.²²⁷

Током XIX века у Немачкој је вођена дебата о разумевању појма „изјава воље“. Према теорији воље (*Willenstheorie*), изјаву воље треба посматрати у светлу „стварне намере“ уговорних страна, док је „изјава“, сама по себи, само средство којим се воља саопштава, односно преноси.²²⁸ С друге стране, теорија изјаве (*Erklärungstheorie*) наглашава значај оправданог поверења у изјаве друге стране, тако да се изјава воље мора тумачити у складу са нечелом савесности и поштења. Немачки грађански законик приклонио се мешовитој теорији

²²⁴ *Ibid.*, 81.

²²⁵ Немачки грађански законик из 1896. године (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*, даље у фуснотама: НГЗ), члан 311, став 1.

²²⁶ Општи имовински законик за Црну Гору, члан 907 прописује да: „Уједињена, слободна и истинита воља свијех уговорника је прави и главни темељ сваког уговора; гдје тога нема, нема уопште ни законитог уговора“.

²²⁷ НГЗ, чл. 516-534.

²²⁸ S. Whittaker, K. Riesenhuber, 136.

(*Geltungserklärung*) која узима изјаву воље као „веродостојну изјаву“ (*statement of validity*), тако да изјава воље није само средство којим се преноси воља, него је то акт, који је сам по себи, намењен да изазове одређене правне последице.²²⁹

Немачки концепт уговора не познаје идеју о „уговорној правди“, јер се узима да је уговор праведан, ако су уговорне стране постигле споразум о битним елементима уговора у оквиру слободе уговарања и без мана воље. Према мишљењу Валтера Шмит-Римпела (*Walter Schmidt-Rimpel*), немачки концепт уговора и погодба уговорних страна, у комбинацији са законитостима функционисања тржишта, могу бити сматрани за довољне гаранције да ће уговор бити правичан.²³⁰

3.1.3. Концепција о појму уговора у француском праву

Романска правна традиција је дубоко заснована на начелу аутономије воље, које је прокламовало супрематију воље правних субјеката као извора целокупног права. Временом је друштвена реалност отварао простор за аргументовану критику овог начела и довела до знатног ублажавања овог индивидуалистичког приступа, кроз афирмацију начела савесности и поштења, које је водило рачуна о колективитету и правичности.²³¹ Зато савремена наука више не говори о начелу аутономије воље, јер је тај пренаглашен индивидуалистички приступ, замењен начелом приватне аутономије.²³² Реформа француског грађанског права 2016. године кодификовала је праксу „ублажавања“ начела аутономије воље, тако што је принцип савесности и поштења ојачан не само кроз дизање у ред основних принципа, него и кроз ширење његове примене на област преговора, закључивања и извршавања уговора, за разлику од грађанског законика из 1804. године који прописује примену само за извршавање уговора. Теорија у којој воља игра носећу улогу, иако више није једина, ипак и данас је једна од најзначајнијих теорија уговорног права. У романској правној традицији, ово теорија је сачувана кроз *теорију изјаве воље*, која разлог правне обавезности уговора проналази у пристанку дужника на обавезу, тако у члану 1108 Гз из 1804. стоји да се за настанак уговорне облигације тражи пристанак дужника, што значи да правна обавеза настаје тек када понуђени прихвати понуду.²³³

Осим начела слободе уговарања (приватне аутономије) и начела савесности и поштења, реформисани текст Грађанског законика у ред основних начела диже и начело правно обавезујуће снаге уговора (*pacta sunt servanda*). Ово начело било је јасно изражено још у тексту из 1804. године, који у члану 1103 прописује да „уговори на закону засновани везују као закон оне који су их сачинили“.²³⁴ И поред критика које су јој упућене, јер занемарује битне разлике између уговора и закона, ово начело је скоро дословно прихваћено у италијанском и румунском праву, док у немачком, швајцарском и српском праву широко прихваћено, иако не прописује изричито наведену одредбу.²³⁵ Реформисани текст Грађанског законика полази од става да уговорни однос има основ у моралу и да је основни принцип који влада у извршењу обавеза утемељен на моралном императиву да се дата реч мора поштовати, који обезбеђује извесност да ће преузета обавеза бити и извршена.²³⁶ Правна последица неизвршења уговора уговорне обавезе има смисао санкције, која треба да буде

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2008, 200.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

²³⁴ М. Бурђевић, „Преднацрт Грађанског законика Републике Србије из 2015. године – Осврт на предлоге неких правила о дејствима уговора“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. В. Радовић), Београд 2019, 406.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ М. Бурђевић, „Неизвршење уговора – Упоредно проучавање на основу реформисаног француског Грађанског законика и Закона о облигационим односима“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. В. Радовић), Београд 2018, 377.

подобна да осигура правну извесност уговорним странама и да служи одржавању уговора на снази, уколико је могуће, принудним извршењем у натури.²³⁷

Реформа грађанског права увела је значајну промену у погледу законских претпоставки за пуноважност уговора. Француски Гз из 1804. године прописује да је уговор пуноважан само ако постоји сагласност воља, способност уговора уговорних страна, дефинисан предмет уговора и законита кауза. У члану 1128 реформисаног француског Гз изостављен је услов законите каузе, чиме је процес закључења пуноважног уговора поједностављен.²³⁸ Тиме је избегнута дебата о веома контроверзном појму, који је нарочито задавао проблеме правницима из англосаксонског правног круга. Такође, реформа је довела до кодификовања 15 нових правила која регулишу питања из области преговора, понуде, прихватања понуде и предуговора.²³⁹ Нова правила највећим делом кодификују постојећу судску праксу и незаписано обичајно право.

Осим промена правила која регулишу закључење и пуноважност уговора, реформа је донела потпуно нови одељак, који садржи 49 чланова, под називом „дејства уговора“. Изворни текст француске кодификације није уређивао дејства уговора, него је јединственим правилима регулисао дејства облигација, без обзира на то из којих правних чињеница настају.²⁴⁰ Разлог за издвајање правила о дејству уговора може се пронаћи у измењеној дефиницији уговора, која сада одређује уговор као сагласност два или више лица ради стварања, мењања, преношења или гашења облигација, док је према оригиналној верзији уговор био споразум којим се једно или више лица обавезује према једном или више других да нешто дâ, учини или не учини.²⁴¹ Из наведеног је евидентно, да Грађански законик из 1804. правна дејства уговора ограничава на стварање облигације, док реформисани текст Грађанског законика прописује да уговор не само што ствара облигације, него их и мења, преноси и гаси.

3.1.4. Концепције о уговорима у инструментима Европске уније

Нацрт Заједничког појмовног оквира (НЗПО) и предлог уредбе Заједничког европског права продаје (ЗЕПП) садрже дефиницију уговора, с тим да је садржај дефиниције концептуално различит. Упечатљив је начин излагања материје у нацрту Заједничког појмовног оквира, који подсећа на велике кодификације. Тако је појам уговора укључен у ширу категорију правних послова, који даље представљају део облигационог права, који даље чини део кодификације европског приватног права. Овакав начин систематизације приватног права је карактеристичан за немачку традицију и у супротности је са праксом енглеских правника. За разлику од НЗПО, предлог уредбе Заједничког европског права продаје не усваја ову систематизацију и фокусира се на уговорне облигације, без реферисања на категорију правних послова.

За одређивање концепције уговора у нацрту Заједничког појмовног оквира, најбоље је кренути од дефиниције уговора у Књизи II „Уговори и други правни послови“, члан II-1:101:²⁴²

(1) *Уговор је споразум који даје основ, или намерава да да основ, обавезујућим правним односима или који има, или намерава да има, неко друго правно дејство. То је двострани или вишестрани правни посао.*

(2) *Правни посао²⁴³ је изјава или споразум или објава намере, да ли директно или индиректно кроз понашање, која има или намерава да има правно дејство. Правни посао може бити једностран, двостран или вишестран.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Solene Rowan, „The new French law of contract“, *International & comparative law quarterly* 66(4)/2017, 9

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ М. Ђурђевић (2017), 403.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Christian von Bar et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, 183.

Анализом дефиниције долазимо до закључка да нацрт Заједничког појмовног оквира полази од „правног посла“ као примарне категорије, док је „уговор“ одређен као под-категија правних послова, који може да створи „обавезујуће правне односе или који има, или намерава да има, неко друго правно дејство“. Сам „споразум“ настаје кроз сагласност два једнострана правна акта (правна посла), тј. понуде и прихватања. Како је и у самом Уводу НЗПО објашњено, прави се дистинкција између „уговора“ и „уговорних односа“.²⁴⁴ Уговорни однос је правни однос, који произлази из уговора. Осим тога, нацрт Заједничког појмовног оквира посебно дефинише и појам „уговорних облигација“ као облигација које настају из уговора. Нацрт Заједничког појмовног оквира узима ове три суб-категије; „уговор“, „уговорни однос“ и „уговорна облигација“, као основу за развој своје концепције о уговорима.²⁴⁵ Из тога следи да је „уговор“ „споразум“ који даје основ, или намерава да да основ, обавезујућем „уговорном односу“, или који има, или намерава да има, неко друго правно дејство. С обзиром на то да уговор може да не успе, или нема намеру, да да правни основ за настанак обавезујућег „уговорног односа (правног односа)“, уговор се не сме свести на категорију „правног односа“, него треба да остане у категорији „споразума“. Јер „уговор“ је и „споразум“ који не даје правни основ за обавезујуће „уговорне односе“, али производи „неко друго правно дејство“. Под ову врсту уговора долазе споразуми који мењају услове постојећих уговора или укидају постојећи правни однос, тако да су обавезујући, али не стварају „уговорну облигацију“.

Предлог уредбе Заједничког европског права продаје усваја доста једноставнији концепт уговора, дефинишући га на следећи начин:

*Уговор представља споразум између две или више страна, који намерава да да основ за облигације или неко друго правно дејство.*²⁴⁶

Оваква дефиниција полази од схватања која су усвојена у *acquis communautaire*-у, тако да се сличне дефиниције могу наћи у многим директивама, на пример, у Директиви о правима потрошача.²⁴⁷

Из упоређивања дефиниција уговора, произлази низ различитости. Прво, предлог уредбе Заједничког европског права продаје не одређује „уговор“ као део једне шире категорије „правних послова“. Друго, Предлог уредбе Заједничког европског права продаје не користи појам „правни однос – уговорни однос“, него одређује да „уговор“ представља основ за облигације или неко друго правно дејство. Треће, предлог уредбе Заједничког европског права продаје сужава концепт „уговорних облигација“ на „облигације и правне лекове уговорних страна у уговорима о продаји, испоруци дигиталних садржаја и пружању повезаних услуга“. Ипак, може се извести закључак да су аутори предлога уредбе Заједничког европског права продаје, ипак конципирали општа правила тако да им се примена може проширити и на остале типове уговора, ако буде потребе.²⁴⁸

3.2. Појам уговора у привреди

У упоредном праву, једна од класификација уговора је на грађанске и трговинске уговоре (уговоре у привреди). Међутим, не постоји потпуна сагласност у погледу

²⁴³ Правни посао – *legal transaction* (Latin: *negotium juridicum*; German: *Rechtsgeschäft*; French: *acte juridique*), је познат и као правни акт (*legal act, act-in-the-law*). Преузето из: Jaap Hage, „What is a legal transaction?“, *Law as Institutional Normative Order* (eds. Maksymilian Del Mar, Zenon Bankowski), Edinburgh 2013, 103.

²⁴⁴ C. von Bar *et al.*, 27.

²⁴⁵ S. Whittaker, K. Riesenhuber, 139.

²⁴⁶ ЗЕПП, члан 2.

²⁴⁷ R. Schulze, F. Zoll, 35.

²⁴⁸ S. Whittaker, K. Riesenhuber, 141.

критеријума за одређивање појма трговинског посла и уговора у привреди.²⁴⁹ У одређивању ових појмова полази се од објективне или субјективне концепције.²⁵⁰

У француском праву и неким другим правима,²⁵¹ прихваћена је објективна концепција, према којој се одређени послови сматрају трговинским, без обзира на то ко их обавља, ако представљају акт циркулације између произвођача и потрошача у циљу стицања профита.²⁵² Поред трговачких послова по самој природи (апсолутни правни послови), француска објективна концепција познаје и трговачке послове по сили закона или обичаја (менице, агенције, експлоатација рудника) као и акцесорне трговачке послове (који представљају послове грађанског права, али који постају трговачки послови када их врши трговац, као своју акцесорну делатност).²⁵³ Осим трговинских и грађанских послова, француско право познаје и мешовите послове. Код мешовитих послова једна од уговорних страна не врши трговински акт. Ако дужник не чини трговински акт, онда ће посао бити регулисан правилима грађанског права, а ако је реч о дужнику који чини трговински акт, онда ће овај посао бити регулисан трговинским правом.²⁵⁴

С друге стране, немачки Трговински законик прихвата субјективну концепцију одређивања појма трговинског уговора као сваког посла који закључују трговци за потребе своје трговине. С обзиром на то да одређује појам трговинског посла преко појма трговца, субјективна концепција дефинише трговца као свако оно лице које обавља неки од изричито одређених основних трговинских послова у виду занимања.²⁵⁵ Осим ових, основних трговинских послова, постоје акцесорни трговински послови, чиме се субјективна концепција умногоме приближава објективној концепцији и долази до истог резултата. Немачко право познаје како двостране, тако и једностране трговинске послове, с тим да се трговинско право примењује на обе уговорне стране. Код једностраних трговинских послова само једна уговорна страна је трговац, или су обе трговци, али само за једну од њих посао представља трговачку делатност.²⁵⁶

Наш Закон о облигационим односима усваја тзв. субјективно-објективну концепцију, тако да је неопходно да је уговор закључен између привредних субјеката, без обзира на то да ли је у питању физичко или правно питање, али обавезно у оквиру делатности које сачињавају предмете њиховог пословања или су у вези с тим делатностима.²⁵⁷ Српско право не познаје једностране трговинске послове, закон је изричит и захтева да су обе уговорне стране привредни субјекти – трговци, како би се примењивала правила трговинског права. У Преднацрту грађанског законика Србије из 2014. године предлаже се измена термина „уговори у привреди“ у „привредне уговоре“. Осим тога, предлаже се усвајање субјективног схватања трговинског посла уместо досадашњег објективно-субјективног схватања. Применом овог схватања, дошло би до проширења појма трговинског посла и на уговоре које трговци закључују изван своје делатности, а не само у или у вези са својом делатношћу, како то тренутно важи. С обзиром да код нас правна лица имају општу правну способност, осим кад није другачије одређено законом, стога су и уговори које закључе изван своје делатности пуноважни, па би то требало да важи и за трговинске послове.²⁵⁸

²⁴⁹ Дара Миленовић, „Привредно право (Појам и предмет)“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002, 121.

²⁵⁰ Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2018¹⁶, 46.

²⁵¹ Објективни систем одређивања појма трговачког посла прихваћен је у праву Швајцарске, Белгије, Шпаније, као и већине земаља Латинске Америке.

²⁵² М. Васиљевић, 46.

²⁵³ *Ibid.*, 46-47.

²⁵⁴ *Ibid.*, 49.

²⁵⁵ *Ibid.*, 47.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, члан 25, став 2.

²⁵⁸ Н. Јовановић, „Прелетом“ преко главних слабости Преднацрта грађанског законика у облигационим односима“, *Право и привреда* 4-6/2015, 61.

У праву Европске уније, изражено је дистанцирање потрошачких уговора (*B2C*, трговац – потрошач) и трговинских уговора (*B2B*, трговац – трговац). Постоји најмање пет различитих правних режима унутар уговорног права, и то; уговорни односи између приватних лица (*private party – private party*) тзв. уговорно грађанско право; уговорни односи између потрошача и привредних субјеката (*consumer – business*) тзв. потрошачко право ЕУ; уговорни односи између привредних субјеката, који имају седиште у истој држави (*national business – business*) тзв. уговорно трговинско право; уговорни односи између привредних субјеката који имају седиште у различитим државама чланицама ЕУ (*intra-EU business – business*) тзв. европско уговорно трговинско право, и у оквиру њега европско трговинско право продаје; уговорни односи између привредних субјеката који имају седиште у различитим државама, од којих једна није чланица ЕУ (*international business – business*) тзв. међународно трговинско право.²⁵⁹

Трговински уговори су искључиво они који су закључени између привредних субјеката, у оквиру њиховог посла или професије. Као и у српском праву, право Европске уније усваја тзв. субјективно-објективну концепцију. Такође, право Европске уније не познаје једностране трговинске уговоре. Узимајући у обзир субјективно-објективну концепцију, за дефинисање појма уговора у привреди кључно је прецизно дефинисање појма трговца – привредног субјекта. Нацрт Заједничког појмовног оквира прецизира да је трговац (привредни субјект) физичко или правно лице, без обзира на то да ли је у државном или приватном власништву, који дела у сврхе које се односе на његов посао или професију, чак и када предузимањем активности не намерава да оствари профит.²⁶⁰ С обзиром на то да је правна регулатива Европске уније везана за потрошачке уговоре далеко обимнија од оне која регулише трговинске уговоре,²⁶¹ можемо се послужити методом негативне аналогије при одређивању прецизнијег садржаја појма трговца – привредног субјекта. Како појмови потрошача и привредног субјекта стоје у комплементарном односу, трговца – привредног субјекта можемо дефинисати као свако правно или физичко лице које није потрошач. У секундарном праву ЕУ, потрошач се најчешће дефинише као „физичка особа која делује у сврху која се не може приписати пословној или професионалној делатности“.²⁶² Важно је нагласити да су државе чланице искористиле принцип минималне хармонизације при имплементацији садржине појма потрошача, тако да се појам потрошача у низу држава чланица дефинише шире. Тако Аустрија, Француска и Белгија нису ограничиле појам потрошача само на физичка лица, у циљу проширења потрошачке заштите на мала и средња предузећа и непрофитне организације.²⁶³ Међутим, Суд правде ЕУ, у случају *Ideal Service*,²⁶⁴ заузео је рестриктивно тумачење појма потрошача, ограничавајући га искључиво на физичка лица. Након овог случаја, Француски касациони суд, који је до тада широко тумачио појам потрошача, одступио је од овог проширења. Такође, из праксе Суда правде ЕУ може се закључити да се појам потрошача не може проширити ни на раднике као потрошаче, ни на мале предузетнике при склапању уговора изван оквира своје пословне делатности, ни на

²⁵⁹ Вид. Viola Heutger, Christoph Jeloschek, „Towards Principles of European Sales Law”, *Towards a European Civil Code* (eds. A. Hartkamp et al.), Kluwer International Law, Nijmegen 2004³, 548.

²⁶⁰ НЗПО.

²⁶¹ Појам „потрошача“ може се наћи у примарном праву ЕУ, бројним правним актима секундарног права ЕУ, као и у уредби Европског колизивног права.

²⁶² Директива за заштиту потрошача у погледу уговора склопљених ван пословних просторија из 1985. године, члан 2; Директива о заштити потрошача у уговорима о потрошачком кредиту из 2008. године, члан 1, став 2; Директива о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима, члан 2; Директива о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и о гаранцијама за такву робу из 1999. године, члан 1, став 2; Директива о заштити потрошача с обзиром на склапање уговора на даљину из 1997. године (*Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4.6.1997*), члан 2, став 2; Директива о оглашавању финансијских услуга код уговора на даљину из 2002. године, члан 2.

²⁶³ Z. Meškić, „Harmonizacija Europskog potrošačkog prava – Zelena knjiga 2007. godine i Nacrt zajedničkog referentnog okvira“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 46(3)/2009, 556.

²⁶⁴ ECJ Case C-541/99, 22 November 2001, *Cape v Ideal Service*.

купце који користе робу и услуге како у приватне, тако и у пословне сврхе.²⁶⁵ За означавање појма привредног субјекта (*business*), у потрошачком праву ЕУ користе се различити термини: трговац (*trader*),²⁶⁶ организатор (*organizer*),²⁶⁷ продавац (*seller*),²⁶⁸ снабдевач (*supplier*)²⁶⁹. Наш Закон о облигационим односима не користи термин „трговац“, али се из дефиниције уговора у привреди може извести закључак да се „трговцем“ сматра „предузеће и друго правно лице које обавља привредну делатност, као и ималац радње и други појединац који у виду регистрованих занимања обавља неку привредну делатност“. Тако се „трговцем“ сматрају „предузећа“ и „имаоци радњи“. Оваква набрајајућа дефиниција, која користи застареле изразе из периода планске привреде, није свакако довољно обухватна, нити довољно јасна да задовољи потребе праксе.²⁷⁰ Овај недостатак није исправљен ни у Преднацрту грађанског законика, који задржава набрајајућу дефиницију, с тим што мења застареле изразе „предузеће“ и „ималац радње“ у савремене изразе „привредно друштво“ и „предузетник“.

У првим кодификацијама грађанског и трговинског права, у Француској²⁷¹ и Немачкој,²⁷² приступило се двојном режиму регулисања, тако да се један правни режим примењивао на грађанске, а други на трговинске уговоре. Потреба постојања одвојених законика правдана је одређеним особеностима ових уговорних односа. Прво, трговци ступају у уговорне односе као професионалци, тако да их није потребно штитити од друге стране. Док код грађанских уговора постоји потреба заштите слабије стране у уговорном односу. Друго, масовност закључивања трговинских послова захтева афирмацију неформалности, осим код сложених и дуготрајних послова где сам закон прописује обавезност писмене форме. Треће, брзина одвијања трговинских операција намеће потребу за флексибилнијим правним режимом. Четврто, динамика којом се одвијају трговински послови захтева учестало прилагођавање и промену правила, што није карактеристично за грађанске уговоре.

С друге стране, у новијим кодификацијама као што је Швајцарски грађански законик (1911) и Италијански грађански законик (1942), усваја се режим јединственог регулисања облигационих односа. Занимљиво је да је концепција јединственог регулисања облигационих односа прихваћена и у англосаксонском правном подручју, иако је баш у Енглеској *law merchant* стотинама година постојало одвојено од *common law* система, поседујући чак свој систем привредних судова,²⁷³ све до средине XVII века. Такође, српски Закон о облигационим односима прихвата јединствени систем регулисања облигационих односа. Овакав начин регулисања облигационих односа, условљен је динамизацијом савременог правног саобраћаја, кроз тзв. комерцијализацију односа физичких лица – нетрговаца, која доводи до потребе продирања правила трговинског права у грађанско право.²⁷⁴ Ипак, јединствени правни режим не спори особеност уговора у привреди и трговинског права. Тако

²⁶⁵ Z. Meškić (2009), 556-564.

²⁶⁶ Директива за заштиту потрошача у погледу уговора склопљених ван пословних просторија из 1985. године, члан 2; Директива о заштити потрошача приликом истицања цена производа понуђених потрошачима из 1998. године (*Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, OJ L 80, 18.3.1998*), члан 2.

²⁶⁷ Директива о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања из 1990. године, члан 2, ст. 2 и 3.

²⁶⁸ Директива о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима из 1993. године, члан 2; Директива о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама из 1999. године, члан 1, став 2.

²⁶⁹ Директива о заштити потрошача с обзиром на склапање уговора на даљину из 1997. године, члан 2, став 3; Директива о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима из 1993. године, члан 2.

²⁷⁰ Н. Јовановић (2015), 60.

²⁷¹ Француски грађански законик из 1804. године (*Code civil*, даље у фуснотама: ФГЗ), Француски Трговачки законик из 1807. године (*Code de commerce*, даље у фуснотама: ФТЗ).

²⁷² Немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*, даље у фуснотама: НТЗ); НГЗ.

²⁷³ *The maritime courts, the courts of the Fairs and Boroughs, the Staple courts* нису примењивали енглеско национално право, већ су се користили „општим правом народа“, трговачким узансама, обичајима и добром трговинском праксом.

²⁷⁴ М. Васиљевић, 45.

Закон о облигационим односима предвиђа да „одредбе овог закона које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито другачије одређено“.²⁷⁵ Тако, комерцијални карактер правних послова често води до примене посебних правила која се, иначе, не би примењивала. Посебан значај за регулисање уговора у привреди имају добри пословни обичаји, опште и посебне узансе, општи услови пословања, трговачки термини, утврђена пракса поступања између уговорних страна, итд. Како уговори у привреди не представљају хомогену целину, свака врста уговора у привреди захтеваће примену посебних правила, која нису применљива на остале врсте уговора у привреди. На пример, уговор о продаји, уговор о грађењу, уговор о осигурању и други поседују посебна правила која су креирана узимајући у обзир посебну природу и потребе управо те врсте уговора. У праву ЕУ приступа се одвојеном режиму регулисања потрошачких уговора и трговинских уговора.

ДРУГИ ДЕО

ПОВОДИ И ПОТРЕБЕ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

Материјални извори права подразумевају потребе, односно узроке који доводе до настајања права, а који су често различити и условљени.²⁷⁶ У својој укупности, потребе и поводи су обликовали и европско трговинско право продаје и одредили његове основне карактеристике. С друге стране, неки аутори под материјалним изворима права подразумевају оне друштвене чиниоце, који под дејством тог узрока, стварају право.²⁷⁷ Најважнији „друштвени чинилац“ који ствара право је држава, међутим, у стварању права учествују и бројни недржавни субјекти. Материјални извори права изазивају настанак правних норми, међутим, није само важно одредити односе које треба нормирати, већ и начин на који их треба нормирати.²⁷⁸ Ко ме ће и каква ће правна овлашћења и обавезе бити дате, с обзиром на постојање супротстављених интереса, у значајној мери зависи од система прихваћених вредности.²⁷⁹ Друштвене вредности, које утичу на начин нормирања друштвених односа, представљају вредносне изворе правних норми.

У циљу дубљег разумевања особина европског трговинског права продаје, као и тенденција у даљем развоју, потребно је анализирати примарне и секундарне поводе и потребе. Као примарни повод за настанак европског трговинског права продаје, издваја се потреба за успостављањем и одржавањем несметаног функционисања унутрашњег тржишта Европске уније. Уз примарни могуће је одредити и секундарне, односно изведене поводе, као што је, остваривање политичких и друштвених циљева, превазилажење правног партикуларизма, достизање високог степена правне сигурности, остваривање законодавне улоге институција ЕУ, смањење трансакционих трошкова, уклањање препрека како би се искористиле могућности које пружа интернет, повећање БДП и запослености.

Потреба за настанком и развојем европског трговинског права продаје није била наглашена у првој фази развоја тадашње Европске економске заједнице. У првим деценијама њеног постојања основна активност је била усмерена на формирање европског заједничког тржишта, кроз отварање граница, уклањање царинских и нецаринских баријера, итд. Када је седамдесетих година прошлог века обезбеђено примарно функционисање заједничког

²⁷⁵ ЗОО, члан 25, став 1.

²⁷⁶ О. Станковић, В. Водинелић, 7.

²⁷⁷ Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Београд, 2004, 289.

²⁷⁸ *Ibid.*, 290.

²⁷⁹ *Ibid.*

тржишта кроз успешне интервенције у области јавног права, уочено је да различитост у приватном праву држава чланица може скоро подједнако да ограничава и ремети функционисање заједничког тржишта.

Успостављање унутрашњег тржишта представљало је основни предуслов за стварање система у којем би остваривање осталих циљева Европске уније постало изводљиво. Због тога је читав низ европских политика и активности усмерен на обезбеђивање што ефикаснијег европског унутрашњег тржишта. Настанак и развој европског трговинског права продаје уско је повезан са потребом да се уклоне препреке и ограничења која могу отежавати, директно или индиректно, трговину унутар јединственог тржишта.

С обзиром на то да кодификација подразумева свако потпуно законско регулисање једне правне области, без обзира на то да ли је остварено путем једног или више законских аката,²⁸⁰ може се закључити да је процес кодификације европског трговинског права продаје на почетку јер нису регулисана сва питања која су од важности за ову материју на целовит, усклађен и систематичан начин. Међутим, правни инструменти као што су предлог уредбе Заједничког европског права продаје и нацрт Заједничког појмовног оквира за европско приватно право може да представља нуклеус будућег регулисања европског трговинског права продаје као дела Европског грађанског законика.

²⁸⁰ О. Станковић, В. Водинелић, 8.

ГЛАВА I

ПОЛИТИЧКО-СОЦИОЛОШКИ АСПЕКТИ ПОВОДА И ПОТРЕБА

1. Историјски развој Европске уније као основе развоја европског трговинског права продаје

1.1. Од европске идеје до Европске уније

Развој европског уговорног трговинског права, а касније и европског трговинског права продаје је уско повезан са развојем Европске уније какву је данас познајемо. Периоди јачања Европске уније стварали су услове за развој европског уговорног трговинског права, док су периоди изазова и криза увек доводили до његовог успоравања и стагнације у развоју. Наравно, утицај је био двосмеран, нарочито узимајући у обзир рад Суда правде Европске уније који је знао да буде покретачка снага европских интеграција у периодима замора. У циљу бољег разумевања повода и потреба за успостављање и развој европског уговорног трговинског права, неопходно је дати историјски преглед европских интеграција од Париског уговора до Лисабонског уговора. Кад је реч о првим деценијама развоја Европске уније, можемо говорити о формирању европског уговорног права, које је претежно било потрошачко право, док се крајем XX века развија и европско уговорно трговинско право, из кога ће се почетком XXI века почети развијати европско трговинско право продаје.

Развој идеје о „европском идентитету“ и стварању „Европе“ као наднационалне заједнице Европе може се пратити још од римског доба, а нарочито од раног средњег века, када се Западна Европа војно уједињује пред напредовањем Ислама. Тада се први пут спомиње „Европска војска“, предвођена Францима, која се бори против Мавара.²⁸¹ Даљи развој ове идеје је уско повезан са принципима западног хришћанства. У XVIII и XIX веку европска идеја постаје тема просветитеља као што су Русо и Кант, који виде будућу уједињену Европу засновану на „друштвеном уговору“ између нација, и као форму за гарантовање дуготрајног мира. У XX веку европски индентитет постаје уско везан за принципе тржишне економије, уставне демократије, владавине права, поштовања људских права, толеранције, једнакости и социјалне правде. Након Првог светског рата, многе државе почињу да размишљају о идеји уједињења Европе као једином начину да се избегну сукоби између европских држава и да се одговори на растући утицај САД, Аргентине и Јапана. Најутицајнији је био Паневропски покрет, основан од стране Рикарда Куденхов-Калергија (*Richard Coudenhove-Kalergi*). Овај покрет није имао само подршку интелектуалаца и неких политичара, него је оригинерно био транснационалан имајући „економске савете“ и у Паризу и у Берлину.²⁸² Крајем двадесетих година прошлога века европска идеја добила је и подршку француске владе кроз Бријанов меморандум,²⁸³ који је био упућен владама двадесетшест европских земаља, предлажући оснивање Европске федеративне уније, али подршка осталих влада је била занемарљива.

Страдања током Другог светског рата допринела су учвршћивању мишљења да је оснивање уједињене европске заједнице једини начин да се спрече даљи ратови, оствари економски опоравак привреде и да се одупре продирању СССР-а према западу.²⁸⁴ Ипак, непосредни поводи за предузимање конкретних корака били су опоравак немачке привреде и враћање Сарске и Рурске области под управу Федералне Републике Немачке 1949. године. Као одговор на „рапидан“ опоравак немачке привреде, француски министар спољних послова Роберт Шуман (*Robert Schuman*) у сарадњи са политичарем Жан Монеом (*Jean*

²⁸¹ David Lewis, *God's Crucible: Islam and the Making of Europe 570 – 1215*, New York 2008, 156.

²⁸² Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge 2010, 7.

²⁸³ Француски премијер Аристид Бријан (*Aristide Briand*).

²⁸⁴ Nigel Foster, *EU law*, Oxford 2009, 8.

Monnet), израђује план који предviђа стављање француско-немачке производње и дистрибуције угља и челика у надлежност заједничких институција. Након објављивања плана 9. маја 1950. године, овој иницијативи прикључиле су се Белгија, Луксембург и Холандија – земље Бенелукса које су већ биле формирале своју царинску унију, као и Италија која је поред економских разлога била мотивисана да приступи заједници и због претње од јачања комунизма у земљи.²⁸⁵ План је резултирао потписивањем Париског уговора (Уговор о Европској заједници за угаљ и челик) 18. априла 1951. и оснивањем Европске заједнице за угаљ и челик (ЕЗУЧ), прве од три Европске заједнице. Циљ Уговора био је стварање заједничког тржишта угља и челика те унапређење развоја економије, раст запослености и животног стандарда у земљама потписницама. Стварање заједничког тржишта угља и челика подразумевало је увођење слободне трговине овим робама без царина и такси, забрану мера и праксе дискриминације или других мера подстицаја које су до тада биле важеће у државама потписницама Уговора. Циљ Уговора није био само економски опоравак држава потписница, него и онемогућавање избијања новог рата јер је производња челика стављена под управу Високе власти (*High Authority*), за чијег је првог председника изабран Жан Моне, а за привремено седиште је изабран Луксембург. Савет министара, којег су чинили представници држава потписница, имао је задатак да контролише рад Високе власти, док је Заједничка скупштина имала само саветодавну улогу. Суд правде је био четврта институција Европске заједнице за угаљ и челик са мандатом да решава неспоразуме који би могли настати унутар Заједнице.

Париским уговором установљена је интеграција производње и дистрибуције угља и челика. Иако је успостављена интеграција само једне области, показаће се да је овај Уговор представљао полазну етапу у даљем повезивању европских земаља. Седам година након потписивања Париског уговора исте државе потписале су Уговор о Европској економској заједници и Уговор о Европској заједници за атомску енергију – Еуратом. Ови уговори називају се Римским уговорима. Циљеви Уговора о Европској економској заједници били су успостављање заједничког тржишта и давање политичке димензије развоју блиских веза европских држава. Уговором о Европској економској заједници успостављена је царинска унија међу државама потписницама, тј. укинута су квоте и царинска ограничења на међусобну трговинску размену те су уведене заједничке царинске тарифе према трећим земљама. Уговором су успостављене заједничке пољопривредне, трговинске и транспортне политике, а њих су следиле активности на успостављању заједничке регионалне, индустријске и социјалне политике.²⁸⁶ Кључни резултат Уговора је успостављање заједничког тржишта, те полагање темеља за успостављање данашњег унутрашњег тржишта Европске уније. На почетку све три Европске заједнице имале су одвојене институције, али су делиле Суд правде и Европски парламент. Уговором о спајању (*Merger Treaty*) из 1965. године, успостављено је јединствено Веће и Комисија за све три заједнице.

У првим годинама оснивања Европских заједница²⁸⁷ остварен је привредни опоравак и значајан напредак у постизању усвојених циљева. Стагнација европских интеграција, позната као „евросклероза“ (*euroclerosis*), од средине шездесетих година до средине осамдесетих година, узрокована је француским противљењем предлогу Комисије да Европске заједнице добију сопствене изворе финансирања, да се одлуке у Већу доносе квалификованом већином и да Парламент оствари контролу над трошковима Заједница. Све је кулминирало француским одбијањем да учествује у раду Већа, тзв. криза „празне столице“.²⁸⁸ Криза је окончана усвајањем Луксембуршког компромиса, којим је предвиђено

²⁸⁵ N. Foster, *EU law - Directions*, Oxford 2010, 6.

²⁸⁶ Уговор о оснивању Европске економске заједнице из 1957. године – *Treaty establishing the European Economic Community*, доступно на: https://www.cvce.eu/en/obj/treaty_establishing_the_european_economic_community_rome_25_march_1957-en-cc6ba28-0bf3-4ceb-8a76-6b0b3252696e.html, 13.3.2020, чл. 2-3.

²⁸⁷ „Европске заједнице“ је генерички појам, који обухвата прве три заједнице европских држава: Европску заједницу за угаљ и челик, Европску економску заједницу и Европску заједницу за атомску енергију.

²⁸⁸ N. Foster (2010), 19.

да ће, у случају одлука које се доносе већином гласова на предлог Европске комисије, а ако су у питању витални интереси држава чланица, чланови Већа дати све од себе да дођу до решења које ће бити прихватљиво за све чланове Већа. У суштини, овим компромисом прописано је једногласно доношење одлука, те остављена могућност вета кад су у питању витални интереси неке од држава чланица. Овакав начин одлучивања је довео до компликовања доношења одлуке у Већу нарочито након приступања Ирске и Уједињеног Краљевства (1973), Грчке (1981), те Шпаније и Португала (1986).

Суд правде Европске уније није био погођен „евросклерозом“. У овом периоду Суд је донео пресуде које су имале далекосежни утицај на развој европског права и правног система у целини. У једном од првих случајева, Суд правде је заузео становиште да Европска економска заједница успоставља нови правни поредак међународног права, у чију корист су државе ограничиле, иако у ограниченом обиму, своја суверена права, чији су субјекти не само државе чланице, већ и њихови грађани.²⁸⁹ Већ у случају из наредне године Суд истиче да је Уговор о оснивању Европске економске заједнице, за разлику од класичних међународних уговора, креирао сопствени правни систем који је постао интегрални део правних система држава чланица, који су њихови судови дужни да примењују.²⁹⁰ Поред проактивне улоге у дефинисању саме суштине Европске економске заједнице, Суд је имао и пресудну улогу у дефинисању односа европског права према праву држава чланица кроз афирмисање начела директне примене, начела директног дејства и начела примата права Европске уније. Кроз своју активност Суд правде ЕУ на изванредан начин илуструје правни систем Европске економске заједнице као *sui generis* правни систем у међународном праву, који се удаљава од традиционалне концепције међународног права да одредбе међународних уговора морају бити инкорпорисане у национално право да би појединци могли да се позивају на њих. У праву Европске економске заједнице, на основу члана 189, услов инкорпорације је био елиминисан у односу на уредбе, као и на посебне одредбе директива и одлука.²⁹¹

Након година стагнације усвојен је Јединствени европски акт 1986. године, којим је први пут значајно измењен Уговор о Европској економској заједници. Њиме су постављени правни темељи за даљу либерализацију заједничког тржишта до успостављања јединственог тржишта Европске уније. Дефинисане су нове надлежности Заједнице, као што су: социјална политика, економска и социјална кохезија, истраживање и технолошки развој, заштита животне средине, покренута сарадња у области спољних послова, те проширене надлежности Европског парламента и поједностављен процес доношења одлука у Већу. Ова трансформација у начину доношења одлука довела је до промене у политичкој култури и начину рада, тако да је доношење веома важних одлука постало једноставније и тише.²⁹² У наредном периоду, Европске заједнице оставарују помак на три поља. Јединствено тржиште бива остварено до 1992. године усвајањем обимне регулативе. Комисија повезује питање социјалне политике са постизањем јединственог тржишта, тако да се 1988. године усваја Социјална повеља на самиту Европског Већа у Стразбуру.²⁹³ На самиту Европског Већа у Мадриду 1989. године утврђује се начин успостављања економске и монетарне уније у три фазе.²⁹⁴ Председници Немачке и Француске, Кол (*Kohl*) и Митеран (*Mitterand*), увиђају да је економска и монетарна унија неодржива без даље политичке интергације, тако да покрећу иницијативу за одржавање конференције на којој би се расправљало о политичкој унији

²⁸⁹ Case C-26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.

²⁹⁰ Case C-6/64, *Costa v ENEL*, [1964] ECR 585.

²⁹¹ Joseph Winter, „Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law“, *Common Market Law Review* 9/1972, 425-438.

²⁹² Joseph Weiler, „The Transformation of Europe“, *Yale Law Journal* 100/1991, 2043-2477.

²⁹³ Conclusion of Strasbourg European Council, *EC Bulletin* 12-1989, 1.1.1.

²⁹⁴ Conclusion of Madrid European Council, *EC Bulletin* 12-1989, 1.1.1.

европских земаља.²⁹⁵ Ова иницијатива је формализована кроз потписивање Уговора о Европској унији, у Мастрихту 7. фебруара 1992. године.

Споразумом из Мастрихта Европска унија је била одређена као појава у настајању и доградњи, односно као „нова етапа у процесу стварања све чвршћег јединства између народа Европе“.²⁹⁶ Оснивачки уговор није саржао одредбе о правном субјективитету Европске уније као такве. Одређивање Европске уније на динамичан и правно неразумљив начин довело је до конфузије у погледу односа Европске уније према Европским заједницама и према државама чланицама. Иако је у свакодневном политичком животу Европска унија представљана као наследница и замена постојећих Европских заједница, Европске заједнице се нису утопиле нити исцрпеле у Европској унији, оне су остале субјекти међународног права са својством правног лица.²⁹⁷ Правни субјективитет Европске уније веже се првенствено за њену могућност склапања уговора или приступања споразумима или конвенцијама. Европска унија, као таква, нема правни субјективитет, већ су носиоци правног субјективитета Европске заједнице. Најчешће је Европска унија представљана као кров изнад три стуба. Први стуб се састојао од Европских заједница, други стуб је представљао сарадњу у спољној и безбедносној политици, а трећи стуб сарадњу у правосуђу и унутрашњим пословима, с тим што су одлуке у првом стубу могле да се донесу и већином гласова, док су у другом и трећем стубу могле да се донесу искључиво консензусом. Иако допадљивог изгледа, графички приказ није могао да одговори на дилеме односа Европске уније и Европских заједница. Овим уговором јача се улога Европског парламента у законодавном процесу и уводи се поступак саодлучивања, проширују се области у којима се одлучује квалификованом већином, те се принцип супсидијарности поставља као општи принцип ЕУ. Такође, овим уговором Европска економска заједница је преименована у Економску заједницу, како би се нагласила промена карактера од „трговачког друштва ка политичкој заједници“.²⁹⁸

Након Споразума из Мастрихта, надлежности и правни положај Европске уније су дограђивани кроз Уговор из Амстердама, који је потписан 2. октобра 1997, а ступио је на снагу 1. маја 1999. године. Уговором из Амстердама извршене су измене и допуне одредби Уговора о Европској унији и Уговора о Европској заједници, тако да је претежан део надлежности трећег унијског стуба премештен у тадашњи први стуб, те се укључује шенгенски *acquis* (Шенгенски споразуми, Шенгенска конвенција, итд.) у правни оквир Европске уније у виду неколико протокола уз оснивачке уговоре.²⁹⁹ Циљ Уговора из Амстердама био је стварање правних и политичких предуслова, како би Европска унија била способна да адекватно реши изазове као што су: потпуна слобода кретања лица, глобализација економије, запошљавање, борба против тероризма, међународног криминала и трговине дрогама, проблеми животне средине, те изазови петог круга проширења. Нове одредбе довеле су до потпуног укидања граничне контроле кретања лица на простору Заједнице, без обзира на њихово држављанство. Најзначајнији ефекти Уговора из Амстердама односе се на јачање утицаја Европског парламента у законодавном процесу и проширење области у којима се одлучује поступком саодлучивања, повећање броја области у којима се одлучује квалификованом већином, јачање улоге Европског ревизорског суда, Економског и социјалног одбора и Одбора регија, повећање улоге парламената држава чланица на европском нивоу, те увођење могућности појачане сарадње држава чланица. Такође, Уговором из Амстердама направљен је помак у заштити права, интереса и добробити грађана Европске уније, те ефикасном дефинисању и провођењу интереса Европске уније на

²⁹⁵ Colette Mazzucelli, *France and Germany at Maastricht: Politics and Negotiations to Create the European Union*, New York 1997, 107.

²⁹⁶ Уговор о Европској унији из 1992. године – *Treaty on European Union*, доступно на: https://europa.eu/european-union/sites/europaew/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf, 13.3.2020, члан 2.

²⁹⁷ Р. Вукадиновић (2014), 34.

²⁹⁸ Р. Вукадиновић, „Трансформација и конституционализација права ЕЗ и ЕУ“, *Друштвени изазови европских интеграција* (ур. Никола Јовановић), Нови Сад 2010, 14.

²⁹⁹ Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford 2008, 22.

међународном нивоу у областима заједничке трговинске политике и заједничке спољне и безбедносне политике. Мења се и положај Суда правде ЕУ у новом правном поретку Заједнице, тако да значајан део мера у вези с обезбеђивањем јавног реда и одржавањем унутрашње безбедности остају изван стандардне контроле Суда правде ЕУ. Осим тога, у примени одредби Наслова IV и повезаних секундарних прописа, Суд правде ЕУ је ограничен у коришћењу тзв. поступка претходног одлучивања, тако да се Европском суду за мишљење може обратити само онај суд чије одлуке не подлежу правном леку, уместо било којег националног суда, како је то раније било.³⁰⁰

Ефекти Уговора из Амстердама били су далеко слабији од онога што је било потребно за даље ширење Европске уније на исток, консолидовање политичке уније и успостављање јасне правне структуре. Због тога су сазване две Међувладине конференције (*Intergovernmental conference*)³⁰¹ током 2000. године, тако да је Уговор из Нице потписан децембра 2001. године, а ступио је на снагу тек у фебруару 2003. године, због одбијања Уговора од стране ирских грађана на првом од два референдума. Кључни циљ био је провођење институционалне реформе, како би се Европска унија оспособила за ефикасно функционисање у проширеном саставу (максимално 27 држава чланица). Најзначајније промене које Уговор из Нице доноси односе се на ограничавање броја чланова Европске комисије, проширење гласања квалификованом већином и ново пондерисање гласова унутар Већа ЕУ те флексибилније уређење појачане сарадње држава чланица.³⁰² Уз ове најзначајније измене, Уговором из Нице обухваћено је и поједностављење уговора, утврђивање надлежности, заштита основних људских права, безбедносна и одбрамбена политика, статус европских политичких странака, итд.

Овакав *modus operandi* европских интергација, где успех у интергацији једне области обично води до „преливања“ (*spill-over effect*)³⁰³ у друге повезане области које бивају интегрисане у следећем периоду, најчешће се одређује као „функционална интеграција“. Неофункционалне теорије се претежно заснивају на раду Ернста Хаса (*Ernst Haas*). Он објашњава процесе регионалне интеграције кроз интеракцију три главна фактора: а) растућа економска међузависност, б) организациони капацитети за решавање сукоба и изградњу међународних правних режима и в) правила супранационалних тржишта која замењују националне режиме.³⁰⁴ На пример, успостављање заједничке царинске тарифе према трећим државама и заједничког тржишта за слободан промет роба захтева и води до успостављања монетарне уније која треба да обезбеди уједначену политику девизног курса, а ове интеграције повратно утичу на продубљивање економске уније која даље захтева успостављање заједничке фискалне политике у циљу обезбеђивања контроле над економским условима у државама чланицама. Хас је развио теорију о три механизма која воде ка јачој интеграцији: позитивни ефекти „преливања“; преношење оданости на наднационалне институције; и технократија која делује по аутоматизму.³⁰⁵ Позитивни ефекти „преливања“ подразумевају да економска интеграција ствара јаке могућности за интеграцију и у другим секторима, како би побољшала ефекте интеграције у сектору у ком је првобитно настала. Код тога постоји јасна корелација, што виши степен интеграције, то снажнији ефекат преливања. Виши степен интеграција води ка стварању институција које делују „изнад“ националних влада. Неофункционалисти предвиђају да, како се процес европских интеграција буде развијао, тако ће интересне групе у оквиру плуралистичких друштава националних држава преносити „оданост“ са националних институција на европске

³⁰⁰ Н. Мисита, 103.

³⁰¹ Појам међувладине конференција означава преговоре међу владама држава чланица Европске уније, који се организују с намером измене или допуне Оснивачких уговора Европске уније. Међувладину конференцију сазива Веће ЕУ на иницијативу неке од држава чланица или Европске комисије.

³⁰² N. Foster (2010), 29.

³⁰³ *Ibid.*, 248.

³⁰⁴ Ernst Haas, “International Integration: The European and the Universal Process“, *International Organization* 15/1961, 366-392.

³⁰⁵ E. Haas, *The Uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, Notre Dame, IN, 2004, 291.

институције. Интересне групе схватају да могу ефикасније остварити своје интересе кроз европске институције, него кроз националне институције. Поред интеграција које су вођене међудржавним активностима, одвија се паралелно интеграцијски процес којег карактерише интерна динамика технократије. Због свега наведеног, наднационалне институције постају много јаче и независније у односу на државе чланице, и политичка интеграција постаје „неизбежан“ пропратни ефекат економске интеграције.³⁰⁶

Укупност европских интеграција окарактерисана је кроз процесе ширења (*widening*)³⁰⁷ и процесе продубљивања (*deepening*),³⁰⁸ који су се наизменично смењивали и утицали један на други. Овакав метод европских интеграција осигурао је сталан развој, међутим раскорак између нивоа ширења и нивоа продубљивања, који се повремено дешавао, доводио је до криза, као што је криза у Еврозони узрокована грчким државним дугом. Овакав начин интеграција оставио је снажан печат и на европско уговорно право.

1.2. Европска унија на темељима Лисабонског уговора

Паралелно са усвајањем Уговора из Нице, започети су преговори у циљу свеобухватне измене структуре и суштине Европске заједнице и Европске уније. Тако је током самита у Лекену (*Laeken Summit*) из децембра 2001. године усвојена Декларација о европској будућности.³⁰⁹ Ова декларација представља почетак неуспелог покушаја да Европска унија креира одговоре на четири главне теме: подела и дефиниција надлежности, поједностављивање уговора, институционалне реформе и кретање према Уставу за европске грађане.³¹⁰ На основу Декларације из Лекена, 2002. године сазвана је Конвенција о будућности Европе, која је резултовала нацртом Уставног уговора Европске уније. Европски устав требало је да буде основни правни акт Европске уније, који би заменио Оснивачке уговоре и њихове ревизије (осим Уговора о Европској заједници за атомску енергију). Основне новине требало је да буду увођење у уставну структуру председника Европског савета, министра спољних послова, смањење Комисије, и поједностављивање начина доношења одлука.³¹¹ Европски устав потписан је октобра 2004. године у Риму. Средином новембра 2004. године почео је процес његове ратификације у парламентима или на референдуму у државама чланицама ЕУ. Међутим, након што је ратификован у парламентима неколико држава чланица, те на референдуму у Шпанији, Уставни уговор доживео је два неуспеха на референдумима у Француској и Холандији, који су означили крај овог пројекта.

Након што су становници две оригинерне државе чланице Европске уније зауставили усвајање Уставног уговора, Европска унија није знала којим путем даље треба да се креће.³¹² Преовладало је становиште да Европска унија треба да настави са редовним активностима и уобичајним реформама или усклађивањем у циљу ефикаснијег рада, без покретања велике уставне реформе.³¹³ Европска унија се суочавала не само са одбијањем Уставног уговора од стране Француске и Холандије, него се једна трећина држава чланица супростављала даљем јачању институција ЕУ.³¹⁴ С друге стране, остале државе чланице, у сарадњи са европским институцијама, настојале су да оснаже већ пољуљано поверење у способност ЕУ да и даље проналази компромисна решења која омогућавају даљи развој и ново ширење. Тако је у

³⁰⁶ Ben Rosamond, *Theories of European integration*, New York 2000, 59.

³⁰⁷ Процес ширења се односи на процес интегрисања нових сектора, као и пријем нових држава чланица.

³⁰⁸ Процес продубљивања се односи на степен интегрисања одређеног сектора, тј. меру преноса надлежности са држава чланица на ниво ЕУ ради вођења заједничке политике у том сектору.

³⁰⁹ Вид. Robert Podolnjak, „Od Laekena do Lisabona – uspon i pad Ustavnog ugovora“, *Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor* (ur. Siniša Rodin, Tamara Čapeta, Iris Goldner Lang), Zagreb 2009, 27-65.

³¹⁰ N. Foster (2010), 30.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Gráinne de Búrca, „The European Constitution Project after the Referenda“, *Constellations* 13/2006, 205.

³¹³ Andrew Moravcsik, „Europe without Illusions: A category error“, *Prospect*, 23.7.2005, 5, доступно на: <https://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/europewithoutillusions>, 30.6.2017.

³¹⁴ D. Chalmers et al., 38.

марту 2007. године, на педесету годишњицу Римског уговора, Немачка влада добила сагласност држава чланица да постави „ЕУ на обновљеној заједничкој основи“ пре избора за Европски парламент 2009. године.³¹⁵ У суштини, Немачка влада је добила мандат да до постављеног рока заврши пројекат усвајања новог уговора. Предвођени Немачком, учесници Међувладине конференције успели су да остваре постављене циљеве, тако да су шефови држава и влада, после усклађивања преосталих отворених питања, потписали коначан текст уговора 13. децембра 2007. године у Лисабону.

Процес ратификације започео је веома брзо, па је тако у парламенту Мађарске Лисабонски уговор ратификован већ 17. децембра 2007. године. Ипак, процес ратификације суочио се са озбиљном претњом, након референдума у Ирској, одржаног 12. јуна 2008. године, на којем се већина изјаснила против ратификовања Лисабонског споразума.³¹⁶ Иако је након референдума у Француској и Холандији, Европски устав „проглашен мртвим“, исто се није десило у случају Ирске, јер је политичка стварност ЕУ, ипак, другачија у односу на прокламовану једнакост држава чланица. Након првог, „неуспелог“ референдума у Ирској, покренута је дебата у ЕУ о судбини Лисабонског уговора и позитивна кампања за успех „поправног“ референдума. Остале државе чланице очекивале су да се „поправни“ референдум одржи што пре и да Ирци гласају за ратификацију. Оваква очекивања заснивала су се на чињеници да је Ирска обезбедила за себе „резерве“ на Лисабонски уговор, формулисане у виду правно обавезујућег протокола. Поред тога, очекивало се да грађани Ирске схвате у којој мери је њиховом економском и друштвеном напретку допринело чланство у ЕУ, тачније финансијска средства која су се по том основу слила у Ирску, као и да озбиљно схвате отворене претње које су стизале из дела водећих држава Европске уније о могућој изолацији Ирске у случају „негативног“ резултата.³¹⁷ На другом референдуму 67% Ираца је „положило поправни референдум“. Након тога настављен је процес ратификације Лисабонског уговора³¹⁸ у осталим државама чланицама, тако да је ступио на снагу 1. децембра 2009. године.

Лисабонски уговор суштински мења текст и структуру Оснивачких уговора. Тако је код Уговора о Европској унији извршена измена свих одредби, док је код Уговора о функционисању ЕУ у постојећем тексту од 318 чланова, извршено 300 измена и допуна. Мора се нагласити да, при интервенцијама у текст одредби, Лисабонски уговор преузима већину решења присутних у неусвојеном Европском уставу – по неким проценама „више од 90%“.³¹⁹ Тако је неусвојени Европски устав претворен у усвојени „обични“ ревизиони уговор. Лисабонски уговор чине три дела: Уговор о Европској унији (УЕУ), Уговор о функционисању Европске уније (УФЕУ) и протоколи и декларације уз уговоре.³²⁰ Уговор о Европској унији садржи заједничке одредбе општег карактера за организацију Уније и одредбе о заједничкој спољној и безбедносној политици, док Уговор о функционисању ЕУ садржи одредбе о јединственом тржишту и осталим економским активностима Уније.

Уговор о Европској унији садржи шест наслова. Уз Уводне одредбе (Наслов I), те Завршне одредбе (Наслов VI), Уговор о Европској унији уређује следећа питања:

- Принципи демократије – Наслов II,³²¹

³¹⁵ EU Council, „Declaration on the occasion of the fiftieth anniversary of the signature of the Treaty of Rome“, Brussels 2007, доступно на: https://europa.eu/50/docs/berlin_declaration_en.pdf, 26.10.2016, 3.

³¹⁶ Разлози за отпор Ираца Лисабонском уговору заснивају се на неслагању у погледу: пореза, војне неутралности, социјалне политике, положаја и права радника, те положаја породице и питања прекида трудноће.

³¹⁷ Н. Мисита, „Лисабонски уговор – садржај и ревизија уставног оквира“, *Ревизија за европско право* 2-3/2012, 44.

³¹⁸ УФЕУ).

³¹⁹ Jens-Peter Bonde, *New Name – Same content, The Lisbon Treaty – is it also an EU Constitution?*, Denmark 2007, 9.

³²⁰ На пример: Протокол о улози националних парламената у Европској унији, Протокол о примени принципа супсидијарности и пропорционалности, Протокол о евро групи, Протокол о сталној структурисаној сарадњи у области одбране и Протокол о приступању Уније Европској конвенцији за људска права.

³²¹ УЕУ, чл. 9-12.

- Институције – Наслов III,³²²
- Појачана сарадња – Наслов IV,³²³
- Спољнополитичко деловање Уније и заједничка спољна и безбедносна политика – Наслов V.³²⁴

Уговор о функционисању Европске уније обухвата готово све одредбе Уговора о Европској заједници које су мање или више допуњаване и мењане, укључујући и неколико одредби које потичу из Уговора о ЕУ. При томе су неке у потпуности нове, као што је то случај, на пример, са оним које се односе на питање енергије.³²⁵ Уговор о функционисању Европске уније је подељен на седам делова:

- Први део носи наслов „Принципи“ и подељен је на два наслова, уз претходну одредбу о предмету регулисања овог уговора и односу према Уговору о ЕУ.³²⁶ Наслов I садржи одредбе које регулишу питања надлежности Европске уније,³²⁷ а Наслов II регулише тзв. хоризонталне одредбе, којим су одређени принципи од значаја за све политике и активности Европске уније;³²⁸

- Други део УФЕУ, дат под насловом „Недискриминација и грађанство Уније“, садржи одредбе о забрани дискриминације,³²⁹ институту грађанства Уније,³³⁰ као и обавезу Комисије да Европском парламенту и Савету доставља трогодишњи извештај о примени поменутих одредби;³³¹

- Трећи део УФЕУ је најобимнији и садржи 24 наслова која детаљно регулишу следеће области: унутрашње тржиште – Наслов I,³³² слободно кретање робе – Наслов II,³³³ пољопривреда и рибарство – Наслов III,³³⁴ слободно кретање лица, услуга и капитала – Наслов IV,³³⁵ простор слободе, безбедности и правде – Наслов V,³³⁶ транспорт – Наслов VI,³³⁷ заједничка правила о конкуренцији, опорезивању и хармонизацији права – Наслов VII,³³⁸ економска и монетарна политика – Наслов VIII,³³⁹ запошљавање – Наслов IX,³⁴⁰ социјална политика – Наслов X,³⁴¹ Европски социјални фонд – Наслов XI,³⁴² образовање, стручно усавршавање, омладина и спорт – Наслов XII,³⁴³ култура – Наслов XIII,³⁴⁴ јавно здравље – наслов XIV,³⁴⁵ заштита потрошача – Наслов XV,³⁴⁶ трансевропске мреже – Наслов XVI,³⁴⁷ индустрија – Наслов XVII,³⁴⁸ економска,

³²² УЕУ, чл. 13-19.

³²³ УЕУ, чл. 20.

³²⁴ УЕУ, чл. 21- 46.

³²⁵ Н. Мисита (2012), 48.

³²⁶ УФЕУ, члан 1.

³²⁷ УФЕУ, чл. 2-6.

³²⁸ УФЕУ, чл. 7-17.

³²⁹ УФЕУ, чл. 18-19.

³³⁰ УФЕУ, чл. 20-24.

³³¹ УФЕУ, члан 25.

³³² УФЕУ, чл. 26-27.

³³³ УФЕУ, чл. 28-37.

³³⁴ УФЕУ, чл. 38-44.

³³⁵ УФЕУ, чл. 45-66.

³³⁶ УФЕУ, чл. 67-89.

³³⁷ УФЕУ, чл. 90-100.

³³⁸ УФЕУ, чл. 101-118.

³³⁹ УФЕУ, чл. 119-144.

³⁴⁰ УФЕУ, члан 145.

³⁴¹ УФЕУ, чл. 151-161.

³⁴² УФЕУ, чл. 162-164.

³⁴³ УФЕУ, чл. 165-166.

³⁴⁴ УФЕУ, члан 167.

³⁴⁵ УФЕУ, члан 168.

³⁴⁶ УФЕУ, члан 169.

³⁴⁷ УФЕУ, чл. 170-172.

³⁴⁸ УФЕУ, члан 173.

социјална и територијална кохезија – Наслов XVIII,³⁴⁹ истраживање и технолошки развој и свемир – Наслов XIX,³⁵⁰ животна средина – Наслов XX,³⁵¹ енергија – Наслов XXI,³⁵² туризам – Наслов XXII,³⁵³ цивилна заштита – Наслов XXIII³⁵⁴ и административна сарадња – Наслов XXIV;³⁵⁵

- Четврти део регулише однос ЕУ и тзв. прекоморских земаља и територија;³⁵⁶

- Пети део дат је у неколико наслова који се односе на спољнополитичко деловање Уније, оно што је у претходном режиму представљало III унијски стуб;³⁵⁷

- Шести део носи наслов „Институционалне и финансијске одредбе“, и подељен је на следеће наслове; институције – Наслов I,³⁵⁸ финансијска питања – Наслов II,³⁵⁹ појачана сарадња – Наслов III;³⁶⁰

- Седми део односи се на опште и завршне одредбе.³⁶¹

Лисабонски уговор доноси следеће новине у односу на претходни режим:

- Европској унији признат је јединствени правни субјективитет. Међутим, Европска унија неће бити члан Уједињених нација нити ће у овој организацији имати посебно место;

- прецизније су одређене надлежности ЕУ;

- ојачана је улога националних парламената у функционисању ЕУ;

- Европски савет је наведен међу институцијама ЕУ, као и функција сталног председника Европског савета;

- уведена је функција Високог представника Уније за спољне послове и безбедносну политику;

- уведен је нови систем већинског гласања у Савету министара;

- повећан је број области и политика Уније у којима се за доношење законодавних аката захтева сагласност Европског парламента, поред сагласности Савета;

- смањен је број комесара у Комисији;

- постојећи III унијски стуб (полиција и правосуђе у кривичним стварима) пребачен је у Уговор о функционисању ЕУ.

1.3. Од заједничког до унутрашњег тржишта

Заједничко тржиште (*common market*), односно унутрашње тржиште (*internal market*), представља срж и највећи успех данашње Европске уније. Његово основно обележје су четири слободе: слободно кретања роба, људи, услуга и капитала на целој територији Европске уније.

Заједничко тржиште, а касније и унутрашње тржиште, представљају различите облике и степене регионалне економске интеграције између земаља Европе. Економске интеграције, према степену повезаности својих чланица, могу се остваривати кроз више облика;

³⁴⁹ УФЕУ, чл. 174-178.

³⁵⁰ УФЕУ, чл. 179-190.

³⁵¹ УФЕУ, чл. 191-193.

³⁵² УФЕУ, члан 194.

³⁵³ УФЕУ, члан 195.

³⁵⁴ УФЕУ, члан 196.

³⁵⁵ УФЕУ, члан 197.

³⁵⁶ УФЕУ, чл. 198-204.

³⁵⁷ УФЕУ, чл. 205-222.

³⁵⁸ УФЕУ, чл. 232-309.

³⁵⁹ УФЕУ, чл. 310-325.

³⁶⁰ УФЕУ, чл. 326-334.

³⁶¹ УФЕУ, чл. 335-358.

- *Зона слободне трговине*, у којој чланице уклањају сва ограничења у међусобној трговини робама и услугама, али задржавају слободу вођења сопствене трговинске политике према трећим државама;³⁶²

- *Царинска унија*, која представља виши степен економских интеграција, где се државе чланице, поред обавеза из уговора о зони слободне трговине, обавезују да воде заједничку трговинску политику према земљама нечланицама. Државе чланице усвајају заједничку царинску тарифу према државама нечланицама;³⁶³

- *Заједничко тржиште*, горенаведеним елементима додаје и слободу кретања радне снаге и капитала;³⁶⁴

- *Економска унија*, подразумева успостављање јединствене монетарне и фискалне политике. Економска унија подразумева и јединствену валуту, која би била контролисана од централних органа, тако да државе чланице постају региони Уније;

- *Политичка унија*, подразумева највиши степен интеграција, где се поменуто надограђује са преосталим елементима који конституишу једну јединствену економију.³⁶⁵

Горе наведени облици интеграције захтевају различите облике политичке сарадње држава чланица. Ниже облике интеграције могуће је остварити кроз заједничке институције са тачно одређеним задатком. Међутим, виши облици интеграције, попут заједничког тржишта, захтевају не само стварање заједничких институција, него и пренос надлежности са држава чланица на институције савеза и стварање аутономног правног система. Политичка сарадња може се остварити кроз следеће механизме:

- Механизам информисања подразумева да су се државе чланице обавезале да информишу једне друге о циљевима и инструментима политика које намеравају да спроводе. Циљ размене информација је усклађивање сопствених политика, како би се остварила што усклађенија политика свих држава чланица. Међутим, државе чланице и даље имају пуну слободу деловања, те нема преноса надлежности.

- Механизам консултација подразумева да су се државе чланице обавезале не само да размењују информације, већ и да траже став од других држава чланица о политикама које намеравају да спроводе. У размени информација, ставова и мишљења између држава чланица долази се до усклађеног предлога политика за државе чланице. Иако овај механизам политичке сарадње не подразумева и пренос надлежности, ипак у пракси долази до ограничења слободе деловања држава чланица.

- Механизам координација представља виши степен политичке сарадње у коме државе чланице настоје да постигну споразум о већем броју активности које су неопходне да би се остварила усклађена политика на нивоу савеза држава. Механизам координације се остварује кроз прихватање прописа, хармонизацију права и стандарда, конвергенцију политика у циљу остваривања међународне конзистенције у разним областима. Механизам координације ограничава надлежност држава чланица у оној мери у којој постигнути споразуми условљавају врсту и обим политичких акција које државе чланице имају право да предузимају.

- Унификација представља највиши степен политичке сарадње у којој државе чланице прихватају да одређене области буду регулисане на исти начин за

³⁶² Примери су: ЕФТА – Европска зона слободне трговине, НАФТА – Северноамеричка зона слободне трговине.

³⁶³ Примери су: ЕЕЗ – Европска економска заједница, ЦАЦМ – Централноамеричко заједничко тржиште.

³⁶⁴ Примери су: ЕУ – Европска унија, ЕАЦ – Источноафричка заједница.

³⁶⁵ Dennis Swann, *The Economics of the Common Market*, London 1992, 11-12.

све државе савеза кроз прихватање јединственог правног инструмента. Унификација подразумева губитак надлежности држава чланица приликом избора инструмената за регулисање неке области.

Европска унија, у различитим фазама развоја, поклапа се са готово свим облицима економске интеграције. Од слободне трговинске зоне и царинске уније која је предвиђена Римским уговором, преко Јединственог европског акта, Амстердамског уговора и Уговора из Нице, па све до Лисабонског уговора који предвиђа успостављање потпуне економске интеграције, односно политичку унију. Из тога следи да је могуће анализирати развој Европске уније кроз наведени аналитички оквир. „Унутрашње тржиште“, као одвојен облик од „заједничког тржишта“, није био познат као институционализовани степен економске интеграције, па се може сматрати као међуфаза или процес прерастања „заједничког тржишта“ у економску и политичку унију, а не као коначни и самостални економски циљ држава чланица.³⁶⁶ Имајући то у виду, могуће је констатовати да је конституисање функционалног јединственог тржишта један *sui generis* интеграциони процес који је окарактерисан сталним ширењем и продубљивањем степена интеграција.

Уговором о оснивању Европске економске заједнице оснива се „заједничко тржиште“ ради остваривања основних циљева Заједнице. Из тога следи да заједничко тржиште није одређено као циљ, већ превасходно као средство у остваривању основних циљева Заједнице. Такво одређење заједничког тржишта је потврђено и у пресуди *Gaston-Schul*,³⁶⁷ где је Суд правде ЕУ заузео становиште да ће остварење заједничког тржишта довести до отклањања препрека у унутрашњој трговини Заједнице и до стапања националних тржишта у јединствено тржиште. Уговором је предвиђен и период од 12 година за успостављање заједничког тржишта. Прва фаза прелазног периода, како је својим актом констатовао Савет, окончана је крајем 1961. године, док су друга и трећа фаза наступиле аутоматски.³⁶⁸ Заједничко тржиште је само „декларативно“ успостављено средином 1968. године, с тим да је слобода кретања робе и услуга најбрже била остварена, док је остваривање заједничког тржишта у области слободе кретања фактора производње – радне снаге и капитала, ишло знатно спорије. На пример, о заједничком тржишту финансијских услуга могуће је говорити тек половином деведесетих година прошлог века.³⁶⁹

После успостављања „заједничког тржишта“ Европска заједница, као одговор на економску кризу, поставља нови циљ, а то је успостављање „унутрашњег тржишта“ (*internal market*) до 1992. године. Економске студије из тог периода потврдиле су економску оправданост даљих интергација,³⁷⁰ тако што су предвиделе да би дванаест држава чланица могле да остваре уштеду од око 70 милијарди евра, односно око 2,5% ГДП-а, у случају „ближе“ интеграције, или од 125 до 190 милијарди евра, односно око 4,25% до 6,5% ГДП-а у случају свеобухватне интеграције тржишта.³⁷¹ Оперативни документ за успостављање функционалног унутрашњег тржишта била је тзв. Бела књига,³⁷² у којој су одређене мере и динамика за уклањање физичких, техничких и фискалних препрека.

Из горенаведеног може се извући закључак да се термин „заједничко тржиште“ (*common market*), помиње први пут у Римском уговору, док Јединствени европски акт уводи

³⁶⁶ Р. Вукадиновић (2014), 182.

³⁶⁷ Case C-15/81 *Gaston Schul Douane Expeditie BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal* [1982] ECR 1409, 33.

³⁶⁸ Н. Мисита (2014), 78.

³⁶⁹ *Ibid.*, 78.

³⁷⁰ Вид. Paolo Cecchini *et al.*, *The European Challenge 1992: The benefits of a Single Market*, Brussels 1988; Richard Baldwin, „On the Growth Effects of 1992“, *Economic Policy* 5/1989, 248-281.

³⁷¹ Michael Emerson *et al.*, *The Economist of 1992, The EC Commission's Assessment of the Economic Effects of Completing the Internal Market*, Oxford 1988, 1-10.

³⁷² Commission of the European Communities, *Completing the Internal Market – White Paper from the Commission to the European Council*, COM (85) 310 final, 14.6.1985.

термин „унутрашње тржиште“ (*internal market*).³⁷³ Унутрашње тржиште је одређено као „подручје без унутрашњих граница, на коме је обезбеђено слободно кретање лица и промет робе, услуга и капитала, у складу са одредбама Уговора“.³⁷⁴ Овако широко одређен појам преузет је и у Мастрихтском уговору, али је паралелно употребљаван и термин „заједничко тржиште“. Термин „заједничко тржиште“ престаће да се наводи тек у Лисабонском уговору, у којем ће остати само термин „унутрашње тржиште“. Уз ова два термина, у употреби је и термин „јединствено тржиште“ (*single market*) које је истозначно са „унутрашњим тржиштем“. Тако и Комисија на својој званичној интернет страници наводи следеће: „...јединствено тржиште, које се понекад назива и унутрашње тржиште“.³⁷⁵ Иако неки аутори инсистирају на садржинском разликовању ова три појма, у овом раду они ће бити коришћени као синоними, јер се наизменично и истозначно коришћење ових појмова усталило не само у колоквијалном, него и у стручном језику.³⁷⁶

У циљу једноставнијег уклањања препрека, Јединствени европски акт (ЈЕА) из 1986. године, уводи принцип већинског одлучивања у Савету, уместо дотадашњег једногласног одлучивања. Одредба о једногласном одлучивању провлачи се кроз све будуће Ревизионе уговоре, али се њен значај сужава, тако да данас стоји у члану 115 Лисабонског уговора, као специјални законодавни поступак, иза одредбе о већинском одлучивању, као редовном законодавном поступку из члана 114. Овом изменом државе чланице су приступиле тзв. позитивној хармонизацији унутрашњег тржишта кроз усвајање нових комунитарних правила и хармонизацију националних прописа. До тада се хармонизација претежно заснивала на тзв. негативној хармонизацији која има у виду уклањање или укидање трговинских баријера између држава чланица. Европски суд правде је имао значајну улогу у вршењу негативне хармонизације кроз познате случајеве судске праксе.

Истовремено са увођењем већинског начина одлучивања, Комисија уводи и „нови приступ“ хармонизацији техничких стандарда производа. До тада Комисија је усвајала јединствене стандарде за квалитет робе на тржишту, кад год би се национални стандарди разликовали, тако да угрожавају слободу промета робе. Хармонизација путем „старог приступа“, показала се као веома комплексна због више разлога: прво, директиве „старог приступа“ садрже најситније техничке детаље тако да су преобимне; друго, техничке спецификације су, такође, сувише детаљне; треће, процес усвајања техничког законодавства у форми директива „старог приступа“ подразумевао је постојање једногласности у поступку одлучивања и гласања у Европском савету, што је сам процес чинило изузетно дугим; четврто, директиве „старог приступа“ често су имале форму једног правног текста, али су истовремено чиниле мешавину различитих националних правних текстова; пето, директиве „старог приступа“ не препознају СЕ знак.³⁷⁷ Због тога се „нови приступ“ заснивао на принципу узајамног признавања техничких стандарда између држава чланица, а у случају да то није довољно, онда се процес техничке стандардизације одвија под окриљем специјализованих регулаторних агенција. Директиве „новог приступа“ регулишу само суштинске услове за производе, уместо свих техничких детаља који су до тада били обавезни за све земље чланице. Нови приступ уводи СЕ знак као потврду да је производ произведен у складу са свим захтевима из директива које се на њега примењују. До сада „нови приступ“ је допуњаван више пута, али је и даље на снази.³⁷⁸ Ипак, наведене особине „старог приступа“ показале су се одговарајућим за регулисање најосетљивијих области (на првом месту,

³⁷³ Вид. Jacques Pelkmans *et al.*, „The European Single Market – How Far from Completion?“, *Intereconomics* 46/2011.

³⁷⁴ Уговор о оснивању Европске економске заједнице из 1957. године, члан 8а.

³⁷⁵ Вид. http://europa.eu/pol/singl/index_en.htm, 21.10.2016.

³⁷⁶ Н. Мисита (2014), 75.

³⁷⁷ Драган Божанић, Јелена Поповић, *Хоризонтални правни оквир у области инфраструктуре квалитета у Републици Србији*, Министарство финансија и привреде Републике Србије, Београд, 2012, 17.

³⁷⁸ Одлука о заједничком оквиру за стављање на тржиште производа из 2008. године – *Decision No 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products, and repealing Council Decision 93/465/EEC, OJ L 218, 13.8.2008.*

лекови, хемијски производи, дрво, текстил, моторна возила), тако да „стари приступ“ данас постоји упоредо са „новим приступом“.³⁷⁹

Даљи развој унутрашњег тржишта одвијао се кроз ревизију оснивачких уговора. Још осамдесетих година било је јасно да одржавање даљег развоја може бити обезбеђено једино новим мерама, које би водиле постепеном креирању економске и монетарне уније, што је подразумевало постојање унутрашњег тржишта и јединственог новца. Успостављање унутрашњег тржишта створило је неопходне услове и трасирало пут за економску и монетарну унију.³⁸⁰ Мастрихтски уговор уводи нове надлежности за Европску унију, као што је заштита потрошача, заштита животне средине, економска и монетарна унија. Такође, укида се контрола над прометом капитала између држава чланица и уводи се концепт унијског грађанства који има значајан утицај на развој слободе кретања лица. Без обзира на остварене резултате, комплетирање јединственог тржишта није било завршено, те је несметано функционисање јединственог тржишта остао трајни циљ ЕУ. У том смислу, средином деведесетих Комисија је израдила акциони план за унутрашње тржиште, а касније предложила успостављање мреже за решавање проблема у функционисању тржишта (*SOLVIT*).³⁸¹ Амстердамски уговор из 1999. године уводи социјалну и радну политику под пуну надлежност Европске уније, док Лисабонски уговор доводи до либерализације тржишта енергије. Лисабонски уговор поставља за циљ Европској унији да успостави унутрашње тржиште и да ради на одрживом развоју Европе, који почива на уравнотеженом економском расту и стабилности цена, високо конкурентној социјалној тржишној привреди, чији је циљ пуна запосленост и друштвени напредак, као и висок ниво заштите и побољшања квалитета животне средине.³⁸²

На основу члан 26 УФЕУ, Европска унија доноси мере ради стварања или осигурања функционисања унутрашњег тржишта. Успешно функционисање унутрашњег тржишта заснива се на поштовању следећих принципа: принцип поштовања основних унијских слобода, принцип узајамног признања,³⁸³ принцип хармонизације права,³⁸⁴ и принцип заштите конкуренције.³⁸⁵

Међутим, постоје различита мишљења у погледу ширине тумачења ових принципа. Тако општи правобранилац М. Мадуро (*Advocate General M. Maduro*), у случају *Alfa Vita Vassilopoulos*,³⁸⁶ заузима становиште да одредбе о слободном промету робе треба тумачити у поређењу са условима који владају у оквиру националног тржишта, тако да обезбеђују да промет робе на јединственом тржишту, између држава чланица, не буде компликованији и тежи него промет робе који не прелази границе држава чланица. У другом случају,³⁸⁷ општи правобранилац Јакобс (*Advocate General Jacobs*) заузима шире тумачење, које одредбе о слободном промету робе види као средство за остварење несметане трговине између држава чланица, без поређења са условима који владају унутар националних тржишта. Одређивање садржаја ових принципа не зависи само од становишта који заузима ЕСП, него и од

³⁷⁹ Укупно је усвојено око 700 директива овог типа.

³⁸⁰ Р. Вукадиновић (2014), 180.

³⁸¹ *Ibid.*, 189.

³⁸² УЕУ, члан 3.

³⁸³ Александар Ђирић, „Карактеристике јединственог тржишта Европске уније“, *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* (ур. Невена Петрушић), Ниш 2009, 16.

³⁸⁴ Н. Мисита (2014), 80.

³⁸⁵ Richard Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, 23. Протокол бр. 27 о унутрашњем тржишту и конкуренцији потврђује да унутрашње тржиште обухвата систем који осигурава да конкуренција није нарушена: *The High Contracting Parties, Considering that the internal market as set out in Article 3 of the Treaty on European Union includes a system ensuring that competition is not distorted... (Consolidated version of the Treaty on European Union – Protocols – Protocol (No 27) on the internal market and competition, OJ C 115, 9.5.2008).*

³⁸⁶ Cases C-158/04 and C-159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos AE v Elliniko Dimosio, Nomarkhiaki Aftodiikisi Loanninon* [2006] ECR I – 8135.

³⁸⁷ Case C-412/93, *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA*, [1995], ECR I-179.

политичког става држава чланица у погледу даљих интеграција и улоге европског јединственог тржишта на глобалном тржишту.

Светска економска криза, у првој деценији овог века, негативно се одразила и на унутрашње тржиште Европске уније. Негативне последице су нарочито биле изражене у областима у којим Унија нема неопходне инструменте власти. Као одговор на настале потешкоће, Унија се окренула даљем јачању унутрашњег тржишта. На том фонду, институције Уније су усвојиле бројне програмске акте у циљу изградње функционалног унутрашњег тржишта. Нови импулс развоју унутрашњег тржишта дат је у Извештају Марија Монтџа,³⁸⁸ након кога Комисија усваја Јединствени тржишни акт I,³⁸⁹ који предвиђа 12 приоритетних мера и Јединствени тржишни акт II,³⁹⁰ којим се за приоритетна подручја активности одређују: развој прекограничног повезивања држава чланица; развој покретљивости грађана и привредних друштава; развој дигитализације унутрашњег тржишта; развој социјалне кохезије и заштите потрошача.

Према извештају Британске владе о јединственом тржишту,³⁹¹ даљи развој јединственог тржишта зависиће превасходно од процеса глобализације светског тржишта и успеха у јачању институција економске и монетарне уније. Концепт јединственог тржишта стваран је у периоду када је глобализација светског тржишта била тек на почетку. Током осамдесетих и деведестих година, било је заговорника стварања јединственог тржишта као „европске тврђаве“ у односу на друге центре економске моћи, али овај концепт је одбачен као неприхватљив услед генералног неприхватања протекционизма као трговинске политике. Како би одржала конкурентност европског унутрашњег тржишта на светском нивоу, ЕУ треба да повећа отвореност јединственог тржишта према трећим земљама,³⁹² да одустане од претераног регулисања и да ради на унутрашњој кохезији прописа.³⁹³ Положај јединственог тржишта на светском тржишту, значајно ће бити одређен успехом или неуспехом преговора о успостављању Трансатлантског трговинског и инвестиционог партнерства (ТТИП) између ЕУ и САД-а.

Што се тиче економске и монетарне уније (ЕМУ), предвиђа се јачање институција Еврогрупе, усвајање нових прописа о финансијској, фискалној и економској политици. Још увек није јасно колико далеко ће се ићи са даљим интеграцијама унутар Еврогрупе, али је неизбежно да монетарна унија доведе до дубље интеграције фискалне дисциплине и ближе координације економске и финансијске политике између држава чланица Еврогрупе. Овај процес познат као „Европа у више брзина“ (*multi-speed Europe*)³⁹⁴ може представљати значајан ризик за несметано функционисање јединственог тржишта и држава чланица које

³⁸⁸ Вид. Mario Monti, *A Strategy for the Single Market – At the Service of Europe’s Economy and Society*, Report to the President of the European Commission, 9 May 2010, доступно на: https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf, 01.03.2016.

³⁸⁹ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act: Twelve levers to boost growth and strengthen confidence: Working together to create new growth* {SEC(2011) 467 final}, COM (2011) 206 final, 13.4.2011.

³⁹⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act II: Together for new growth*, COM (2012) 573 final, 3.10.2012.

³⁹¹ У периоду од 2012. до 2014. године, британска влада је израдила 32 свеобухватна извештаја о подели надлежности између УК и ЕУ и утицају на националне интересе. Извештаји су доступни на: <https://www.gov.uk/review-of-the-balance-of-competences>, 25.2.2016.

³⁹² Царине ЕУ су још увек релативно високе; просечна царинска стопа најповлашћеније нације износи 5,3%, док у САД та стопа износи 3,5% – доступно на: <http://stat.wto.org/TariffProfile/WSDBTariffPFView.aspx?Language=E&Country=E28>, и на: <http://stat.wto.org/TariffProfile/WSDBTariffPFView.aspx?Language=E&Country=US>, 1.3.2016.

³⁹³ UK House of Lords, *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union: The Single Market*, London, 2013, доступно на: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldeucom/140/140.pdf>, 2.3.2016, 52.

³⁹⁴ Европа у више брзина (*multi-speed Europe*) је термин који се користи како би се описала метода диференциране интеграције, по којој одређени број држава чланица ЕУ, које су спремне и политички вољне, улази у дубље интеграције у одређеним областима, док друге државе чланице остају ван тих интеграционих процеса.

нису у Еврогрупи. Уколико монетарна унија прерасте у јаку политичку унију, могуће је да ће то у пракси довести до стварања „тржишта Еврогрупе“ унутар јединственог тржишта, што ће даље водити фрагментацији јединственог тржишта. Осим тога, постоји ризик од доминације Еврогрупе над јединственим тржиштем, тако што ће одлуке донете унутар Еврогрупе имати важење, или снажан практични утицај, и за државе које нису део Еврогрупе, али су део јединственог тржишта.³⁹⁵

2. Социолошки аспекти процеса кодификације

У овом поглављу биће анализирани социолошки поводи и потребе за кодификацију европског приватног права, па тако и трговинског права продаје. Основни социолошки повод за усвајање Европског (грађанског) законика лежи у потреби да се јасно одреди препознатљиви „национални симбол“ уједињене Европске уније, симбол модернизације и осамостаљивања Европске уније кроз стварање аутономног правног поретка и идентитета.

Законик, као и устав, представљају централне „националне симболе“ у култури и свести европских народа. Зато је јасно зашто новонастале европске државе, у циљу заокруживања државности, ентузијастично усвајају заставу, грб, химну, устав и грађански законик. Француски грађански законик из 1804. године, Немачки грађански законик из 1900. године, те Швајцарски грађански законик из 1907. године, представљају заштитни знак, национални симбол и „културни производ“ који је био „извезен“ у друге државе Европе и друге делове света од Латинске Америке, преко Блиског истока до Далеког истока. Модерна друштва препознају кодификације као примарни национални пројекат јер се тиме потврђује способност политичког ентитета на самоорганизовање и креацију сопственог правног система. Поред тога, кодификација представља и одраз усавршавања и модернизације правног система.

Из истих повода, државе чланице Европске уније „надахнуте културним, верским и хуманистичким наслеђем Европе из којег су се као универзалне вредности развила неповредива и неотуђива људска права, као што су: слобода, демократија, једнакост и владавина права“ претходно прихватајући заставу и химну Европске уније, ушле су у нову етапу у процесу европских интеграција, која би могла да се крунише усвајањем Устава Европске уније и Европског грађанског законика, „у жељи да додатно унапреде демократско и ефикасно деловање институција како би могле, у јединственом институционалном оквиру, боље да извршавају послове који су им поверени“.³⁹⁶ Иако пројекат усвајања Устава Европске уније није у потпуности успео, ипак је усвојен Уговор о Европској унији и Уговор о функционисању Европске уније који умногоме одговара одредбама Устава. Слична је ситуација и код усвајања Европског (грађанског) законика, тако да је боље говорити о постепеној и секторској кодификацији, све док се не остваре политички и друштвени услови да се кроз један свеобухватан законик консолидује и на систематичан начин уреди право из различитих сектора.

Ако Европска унија жели да буде препозната и прихваћена од стране својих грађана као политички ентитет који има способност да на јединствен и централизован начин регулише друштвене односе, онда законик мора да се заснива на поштовању људских права и слобода, демократији, једнакости и владавини права, као и да представља усклађен систем правних норми које су дефинисане на јасан, разумљив и систематичан начин, тако да су лако доступне појединцима, који су мотивисани да их примењују у свакодневном животу. Кодификација, поред тога што треба да олакша примену одређених прописа, треба и да буде начин усавршавања права, кроз стварање једноставнијих и савременијих правних решења. Тако се кодификација поставља као циљ и средство којим ће се уклонити фрагментисаност, некозистентност и несистематичност европског права,³⁹⁷ и остварити постављени циљеви

³⁹⁵ UK House of Lords, 53.

³⁹⁶ Преамбула Уговора о Европској унији.

³⁹⁷ O. Lando (2000), 346.

Европске уније. Тренутни позитивноправни прописи Европске уније представљају *ad hoc* одговоре на појединачне проблеме који су се јављали приликом склапања трговинских уговора и одвијања трговинског пословања на јединственом тржишту. Савремено европско трговинско право продаје представља изолована острва у мору уговорног права држава чланица.³⁹⁸ Самим тим, потреба да Европска унија буде препозната као модерна унија која је у стању да усваја напредна правна решења, воде Европску унију да предузима кораке ка кодификацији грађанског права. Док је одлика држава у средњем веку била записивање обичаја и постепено уређивање правног система, дотле је одлика модерних „држава“ управо усвајање законика. Грађански законик је постао симбол модернизације. Модерни политички ентитети теже да регулишу односе на ефикасан, рационалан и „научни“ начин, поштујући хуманистичко наслеђе Европе из којег су се као универзалне вредности развила неповредива и неотуђива људска права, као што су слобода, демократија, једнакост и владавина права.³⁹⁹ Тако модерне кодификације налазе еквилибријум између потребе да се влада на ефикасан начин и потребе да се заштити хуманистичко наслеђе Европе.

Одлуке институција Европске уније већ одавно нису ограничене само на регулисање појединих аспеката јединственог тржишта, тако да све више утичу на свакодневни живот грађана држава чланица. Питање политичког легитимитета институција Европске уније уско је повезано са европским идентитетом. Постоји јака потреба да институције Европске уније буду прихваћене од стране европских грађана. Сматра се да без јачања европског идентитета не може бити ни политичке легитимације институција Европске уније, нити процеса кодификације правне регулативе на нивоу Европске уније.

Идентитет значи свест појединца о припадању одређеној групи или о поседовању неких посебних карактеристика, тако да идентитет може бити локални, регионални, национални и европски.⁴⁰⁰ Већина грађана Европске уније препознаје као есенцијални део свог идентитета припадност према државама свог рођења и према Европи.⁴⁰¹ Европски идентитет обухвата привредну, културну, политичку и војну сферу друштвеног живота. Могуће је предвидети које сфере друштвеног живота ће бити више, а које мање, прожете европским идентитетом. Из тога произлази и степен будућих европских интеграција у различитим сферама друштвеног живота. Европска култура представља „кичму“ европског идентитета, а привредна сфера представља покретачку силу европских интеграција, док последње две сфере указују на многе проблеме који ће се јавити у процесу интеграција.

С обзиром на то да усвајање кодификације представља саставни део „правне културе“ европских народа, поставља се питање да ли ће кодификација остати на нивоу националних држава или ће се преселити на ниво Европске уније. Одговор на ово питање зависи, између осталог, и од степена прихватања европског идентитета од стране грађана Европске уније. Иронија овог питања се налази у ставу да нема делотворне и легитимне политичке заједнице ако се њени чланови с њом емоционално не идентификују, на сличан начин као у нацијама-државама.⁴⁰² При разматрању овог питања треба узети у обзир да идентитети нису непроменљиве константе, него представљају социјалне конструкције које настају интеракцијом различитих друштвених, економских, историјских, политичких и психолошких фактора, али та спознаја не умањује њихову снагу и значај у повратном деловању на обликовање друштва.

Колективни идентитети, национални и европски, битно утичу на стабилност и ефикасност политичких система. Зато све политичке институције, од политичких странака до влада, имају интерес да дефинишу политике идентитета које одређују главне особине друштвене заједнице, чиме је разграничавају од других заједница. Колективни идентитет,

³⁹⁸ Ch. Twigg-Flesner (2008), 10.

³⁹⁹ Преамбула Уговора о Европској унији.

⁴⁰⁰ Stefan Kadelbach, „Union Citizenship“, *Jean Monnet Working Paper* 9/2003, Heidelberg, 50.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Tihomir Cipek, „Politike identiteta Evropske unije: u ‘potrazi za kolačićima male Madeleine’“, *Anali HPD* 01/2004, 139.

тако, у суштини, представља творевину детерминисану постојаношћу институција, симбола, вредности и циљева једне заједнице, друштвене групе или државом обухваћеног друштва.⁴⁰³ Јачање европског идентитета неће бити лак задатак, јер тај појам подразумева културну, филозофску, психолошку, географску и историјско-политичку димензију, а на нивоу Европске уније нити једна од наведених карактеристика није једнозначно одређена.⁴⁰⁴ Очигледно је да за формирање европске нације недостају заједничка историјска сећања, заједнички митови, идеја једне домовине, па су зато много веће шансе за обликовање Европске уније спајањем интереса с конструкцијом идентитета заснованом на јачању активног учествовања европских грађана у демократски изабраним институцијама Европске уније.⁴⁰⁵ На нивоу интереса Европска унија покушава надрасти свој основни циљ формирања јединственог тржишта и обликовати заједничке привредне, социјалне, спољне и безбедносне политике. На нивоу идентитета акценат је на вођењу спољне и безбедносне политике, социјалне политике, као и пројеката усвајања устава и законика. У преамбули Уговора о Европској унији из Мастрихта наводи се да су стране уговорнице решене да јачају „европски идентитет и независност“ кроз спровођење заједничке спољне и безбедносне политике. На пољу социјалне политике, Европска унија је усвојила „Повељу о основним правима Европске уније“. У преамбули Повеље наглашена је свесност Европске уније о свом духовном и моралном наслеђу, утемељеном на недељивим, универзалним вредностима људског достојанства, слободе, једнакости и солидарности, које се заснивају на начелима демократије и владавине права, правима појединца, слободе, безбедности и правде. Усвајањем Повеље начињен је не само искорак према бољој легитимацији и јаснијем идентитету Европске уније, него су дефинисане и јасне смернице за доношење устава Европске уније и законика.⁴⁰⁶ Иако предлог Устава Европске уније, као ни предлог Уредбе заједничког европског права продаје, нити нацрт Заједничког појмовног оквира за европско приватно право, нису прошли процедуру усвајања, ипак, њихов значај се огледа у разрађивању и прецизирању већ приказаних начела европског права и европског идентитета. Одређени теоретичари сматрају да „уставни патриотизам“ може бити основа обликовања европског идентитета. Уставни патриотизам представља облик пријатељства грађана наспрам државе, које их мотивише да учествују у политичком животу, чиме се наглашава вера у основне вредности либералне демократије и потребу партиципације грађана у политичком животу Европске уније.⁴⁰⁷

⁴⁰³ *Ibid.*, 141.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, 142.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*, 144.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, 145.

ГЛАВА II

ПРАВНИ АСПЕКТИ ПОВОДА И ПОТРЕБА КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

1. Остваривање циљева Европске уније

Остваривање одређених циљева представља кључни елемент сваке међународне интеграције, па тако и интеграције европских држава у оквиру Европске уније. Практично, стварање међународних организација покреће се ради постизања одређених циљева, док државе, у складу са сопственим интересима и мотивима, постају чланице или напуштају одређену организацију.⁴⁰⁸ Ради остваривања постављених циљева, међународне организације предузимају активности које резултирају у креирању политика, правних инструмената и институција за имплементацију и надзор над спровођењем политика и правних инструмената. У том контексту треба анализирати однос између институција Европске уније, постављених циљева и правних инструмената, нпр. циља „успостављања и одржавања унутрашњег тржишта“ и правног инструмента Заједничког европског права продаје.

Циљеви Европске уније су бројни, у првим деценијама развоја безбедносни циљеви су били у првом плану, док су од осамдесетих година економски и социјални циљеви постали доминантни. Могуће је извршити поделу циљева Европске уније на неписане и писане циљеве.⁴⁰⁹

Неписани циљеви представљају скуп основних повода и опредељења европских интеграција који нису експлицитно исказани у оснивачким уговорима, али произлазе из свеукупног историјског контекста и духа оснивачких уговора.⁴¹⁰ Примарни неписани циљ, који произлази из историјског контекста, је стварање предуслова да се Европа претвори у простор мира и благостања и да се отклоне економско-политички узроци за настанак рата. Ова група неписаних циљева је остварена, те су у фокус европских интеграција дошла економска и политичка вредносна опредељења која произлазе из контекста европских интеграција и духа оснивачких уговора. Ова група циљева подразумева остваривање тржишне економије и слободе конкуренције, представничке демократије, правне државе и социјалне заштите.

Писани циљеви Европске уније према Лисабонском споразуму одређени су у члану 3 Уговора о Европској унији. У овом члану одређени су општеполитички циљеви, наведени у ставу 1 и 5, општеекономски циљеви, наведени у ставу 3, тачка 1 и 4, циљеви у области културе, наведени у ставу 3, тачка 4, циљеви који се тичу односа Европске уније према својим грађанима, државама чланицама и осталим деловима света.

Основни циљ Европске уније је успостављање и одржавање несметаног функционисања унутрашњег тржишта. Заједничко тржиште, створено Уговором из Рима (1958), требало је да уклони трговинске препреке између држава чланица, како би се успоставио простор без унутрашњих граница на којем је обезбеђено слободно кретање роба, људи, услуга и капитала. Унутрашње тржиште подразумева забрану увођења царина и свих „нецаринских ограничења“ трговине између држава чланица Европске уније. С обзиром на то да у Европској унији постоји 28 различитих правних режима који уређују уговорне односе, партикуларизам правних режима се може сматрати „нецаринским ограничењима“

⁴⁰⁸ Божидар Јеличић, „Циљеви ЕУ – Историја, садашњост и будућност европских интеграција“, *CIVITAS* 2/2005, 8.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, 10.

⁴¹⁰ *Ibid.*

трговине.⁴¹¹ Под нецаринским ограничењима слободне трговине подразумевају се све мере, политике и праксе, изузев царина, без обзира на то да ли их предузима држава или неко недржавно тело коме је поверено вршење јавних функција, а које за последицу имају ограничавање, отежавање или потпуно онемогућавање унутаревропске трговине.⁴¹² Нецаринска ограничења слободне трговине имају различите појавне облике, који се у складу са типологијом ЕУ, могу сврстати у три категорије: дажбине које имају исто дејство као царине,⁴¹³ квантитативна ограничења⁴¹⁴ и мере које имају исто дејство као квантитативна ограничења. Кад Ландо говори о нецаринским ограничењима, он мисли на „мере које имају исто дејство као квантитативна ограничења“ као појавни облик нецаринских ограничења.

Оснивачки уговори не дефинишу садржај појма „мере које имају иста дејства као квантитативна ограничења“. ЕСП је у познатом случају *Dassonville*⁴¹⁵ ближе одредио овај појам. У овом случају, браћа Дасонвил купила су шкотски виски у Француској и увезла га у Белгију ради даље продаје на локалном тржишту. У том периоду, цена шкотског вискија је била нижа у Француској, него у Белгији јер је стандард француских становника био нижи, а није ни постојала навика међу Французима да пију виски, па су шкотски произвођачи извозили виски по нижим ценама, како би ушли на француско тржиште. Тадашњи белгијски прописи обавезивали су увознике шкотског вискија да приложе сертификат о аутентичности робе, који је издат од британске царине. Међутим, како су браћа Дасонвил купила виски на француском тржишту, они нису могли да прибаве сертификат о аутентичности робе јер француски прописи о увозу алкохолних пића нису захтевали прибављање било каквог сертификата. То је навело браћу Дасонвил да сами „направе“ сертификат о аутентичности, што је у коначности довело до покретања кривичног поступка због фалсификовања исправе. Током кривичног поступка, питање усклађености белгијских увозних прописа са европским правилима о слободном промету робе, поставило се као спорно, тако да је Европски суд правде био позван да се изјасни о постављеном питању. Европски суд правде је искористио овај случај да дефинише „мере које имају исто дејство као квантитативна ограничења“ као „сваки трговински пропис који, директно или посредно, стварно или потенцијално, може да створи препреку трговини унутар Европске економске заједнице“.⁴¹⁶ Европски суд правде је додатно проширио овај појам, тако што је у наредним случајевима уместо синтагме „сваки трговински пропис“ користио синтагму „сви прописи“ или „све мере“.⁴¹⁷ Према становишту ЕСП, „сви прописи“ су сви општи нормативни правни акти, независно од тога који орган их је усвојио. Тако је ЕСП, у случају *Ruth Hüenermann*,⁴¹⁸ под појам мера које имају исто дејство као квантитативна ограничења подвео прописе у вези са рекламирањем фармацеутских производа које је једна фармацеутска комора увела у односу на своје чланове.⁴¹⁹ Под синтагму „све мере“ подводе се мере које немају општи карактер, као, на пример, владина

⁴¹¹ O. Lando, „Optional or mandatory Europeanisation of contract law“, *European Review of Private Law* 8/2000, 61.

⁴¹² Милена Ђорђевић, Марко Јовановић, „Нецаринске мере заштите као мете ограничења слободе трговине робом у светлу праксе Европског суда правде и Тела за решавање спорова Светске трговинске организације“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. В. Радовић), Београд 2012, 306.

⁴¹³ Суд правде је „дажбине истог дејства као царине“ дефинисао као „сваку новчану дажбину, ма како мала била и без обзира на начин означавања и примене, која је једноставно наметнута на домаћу или страну робу због тога што прелази границу, а која није царинска дажбина у стриктном смислу, чак и кад није наметнута у корист државе, када нема дискриминаторско и заштитно дејство“, у случају: C-24/68, *Commission v. Italy* [1969] ECR 193.

⁴¹⁴ Квантитативна ограничења представљају мере којима се делимично или потпуно ограничава количина производа која може да буде предмет увоза, извоза или транзита кроз неку државу. Најчешћи типови квантитативних ограничења су забране увоза или извоза, квоте и разне врсте дозвола. Вид. Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge 2008, 444.

⁴¹⁵ Case C-8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837.

⁴¹⁶ *Ibid.*, 5.

⁴¹⁷ Вид. Case C-88/07 – *Commission v Spain*, Judgment 5 March 2009; Case C-319/05 *Commission v Germany* [2007] ECR I-9811; Joined Cases C-158/04 & C-159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos* [2006] ECR I-8135.

⁴¹⁸ Case C-292/92, *Ruth Hüenermann et al. v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg* [1993] ECR I-6787.

⁴¹⁹ М. Ђорђевић, М. Јовановић, 324.

кампања за промовисање куповине домаћих производа.⁴²⁰ Уговором о функционисању Европске уније забрањују се дажбине које имају исто дејство као царине,⁴²¹ квантитативна ограничења, као и мере које имају иста дејства као квантитативна ограничења.⁴²² Код примене ове забране Европски суд правде је увео *de minimis* правило, тако да је довољно да мера има и најмањи, стварни или потенцијални, негативни утицај на промет унутар тржишта да би била инкриминисана.⁴²³

Становиште које је изнео Ландо потврђено је и кроз многа истраживања⁴²⁴ у вези са препрекама које постоје на јединственом тржишту. Тако се у извештају⁴²⁵ Галуп организације (*The Gallup Organization*), израђеном на захтев Генералног директората за правосуђе, налазе подаци који потврђују значај препрека у вези са уговорним правом (*contract law related obstacles*). Тако, по мишљењу 64% испитаника, препреке које се односе на уговорно право, „у најмању руку повремено“, одвраћају испитанике да послују са привредним субјектима из других држава чланица.⁴²⁶ Из наведеног се јасно види корелација између плурализма уговорних правних режима и несметаног функционисања унутрашњег тржишта. Међутим, поставља се питање колико неуједначеност уговорноправних режима негативно утиче на унутаревропску трговину? У извештају се наводи да препреке у вези са уговорним правом имају једнак негативни утицај на унутаревропску трговину као и практичне препреке (проблеми у вези са прекограничном испоруком, одржавање робе после испоруке, језичке баријере, итд.), док су препреке које се односе на различите пореске системе и административне препреке (издавање дозвола, различите процедуре) од мањег значаја.⁴²⁷ Имајући то у виду, институције Европске уније су предузеле низ корака усмерених на отклањање препрека трговине насталих због правног партикуларизма.

Тренутно је један од највећих изазова за развијање унутрашњег тржишта јединствено регулисање дигиталног тржишта ЕУ. Тако је Комисија у 2010. години усвојила Стратегију о јединственом дигиталном тржишту, у којој је утврђен програм законодавног рада за изградњу европске дигиталне привреде. Циљ јединственог дигиталног тржишта Европске уније је смањити препреке и понудити више прилика за пословање у другим земљама ЕУ, на законит, сигуран и повољан начин. Тренутно, само 7% малих и средњих предузећа у Европској унији тргује на јединственом дигиталном тржишту ЕУ. Претпоставља се да би усвајање европског јединственог сета правних норми за е-трговину, покренуло 57% предузећа у Европској унији да послују на јединственом дигиталном тржишту.

Дигитално тржиште Европске уније као област јединственог тржишта има огроман потенцијал, али су потенцијали ове области премало искоришћени. Потенцијал се огледа у чињеници да 315 милиона Европљана сваки дан користе интернет, а да успостављање јединственог дигиталног тржишта Европске уније може да креира додатних 415 милијарди евра. Међутим, потенцијал није остварен услед различитих препрека укључујући и правни партикуларизам. Према истраживањима обављеним до 2015. године, трговина унутар ЕУ на дигиталном тржишту чини удео од само 4%, док трговина ван ЕУ на дигиталном тржишту, нарочито са САД, чини удео од 54%, док трговина на националном дигиталном тржишту

⁴²⁰ Case C-249/81, *Commission v. Ireland* [1982] ECR 4005; Case C-222/82, *Apple and Pear Development Council v. K. J. Lewis Ltd.* [1983] ECR 4083; Case C-237/82, *Jongeneel Kaas BV v. Netherlands* [1984] ECR 483.

⁴²¹ УФЕУ, члан 30.

⁴²² УФЕУ, чл. 34-37.

⁴²³ Joined Cases 177/82 and 178/82, *Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV* [1984] ECR 1797, 13.

⁴²⁴ Вид. Clifford Chance LLP, *Survey on European Contract Law*, London 2005; European Commission, *Special Eurobarometer 292/2008 – Civil Justice in the European Union*, доступно на: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_292_en.pdf, 15.6.2019; European Commission, *Flash Eurobarometer 278/2009 – Business attitudes towards enforcement and redress in the internal market*, доступно на: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_278_en.pdf, 15.6.2019.

⁴²⁵ European Commission, *Flash Eurobarometer 320/2011*, доступно на: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_320_en.pdf, 15.6.2019, 6.

⁴²⁶ *Ibid.*, 7.

⁴²⁷ *Ibid.*, 6.

држава чланица ЕУ, представља удео од 42%.⁴²⁸ Овако низак удео е-трговине између држава чланица Европске уније представља ултимативни повод за уклањање препрека, како би се искористиле могућности које пружа интернет. Зато Комисија препознаје период до 2020. године као време за прилагођавање јединственог тржишта Европске уније дигиталном добу, кроз укидање регулаторних препрека и прелазак са 28 националних тржишта на једно јединствено.⁴²⁹ Јункерова Комисија жели да створи јединствено дигитално тржиште на којем је слободно кретање робе, особа, услуга, капитала и података зајамчено те на којем грађани и предузећа могу неометано и равноправно да приступе роби и услугама на интернету, без обзира на држављанство или у којој земљи живе.

Достизање високог нивоа правне сигурности јесте један од кључних неписаних циљева Европске уније који произлази из духа и контекста оснивачких уговора Европске уније. Наравно, достизање правне сигурности је често дефинисано као циљ многих акционих планова Европске уније у којим се тежи заштити легитимних очекивања субјеката трговине.⁴³⁰

Постављени циљеви Европске уније су изразито динамични, тако да су еволуирали од успостављања царинске уније до јединственог дигиталног тржишта Европске уније. Вредносна флексибилност циљних опредељења Европске уније очигледно се налази у функционалној вези са наддржавним тежњама ове међународне организације.⁴³¹ При томе, институције Европске уније морају водити рачуна да се циљеви реализују кроз један дугорочан процес, чији саставни део треба да чини и то да се вредносно-циљни оквир не сме постављати као дисонантна категорија у односу на реално стање ствари.⁴³² Отклањање правног партикуларизма, као једног од циљева Европске уније, мора да буде у сагласности са реалним потребама и стањем ствари, зато институције Европске уније још увек анализирају кодификацију, унификацију или хармонизацију европског трговинског права продаје као један од начина за постизање циља.

2. Превазилажења правног партикуларизма

Потреба превазилажења правног партикуларизма на јединственом тржишту Европске уније представља основни правни повод за осмишљавање процеса кодификације европског трговинског права продаје. Уговорно право, а нарочито право продаје, увек је било прво на удару у процесу унификације и кодификације, с обзиром на значај области коју регулишу. Дobar пример је усвајање Јединственог трговинског закона САД, који може да буде подсетник и параметар приликом регулисања унутаревропске продаје роба између привредних субјеката.

Претпоставимо да привредни субјекти поводом унутаревропске продаје роба долазе из држава које имају различите језике, различиту правну традицију, а да су уговориле примену меродавног права и недлежност суда државе чланице привредног субјекта који има већу преговарачку моћ. У том случају, слабија страна биће суочена са низом проблема.

Прво, слабија страна биће принуђена да изучава страном право на страном језику. Осим тога, биће дужна да преведе документа и доказе на службени језик надлежног суда. Такође, ангажовање адвоката који су блиски са страним правом додатно ће оптеретити уговорну страну. Беспотребно је наглашавати колико је то скуп подухват, тако да ће слабија страна често бити спречена да оконча судски процес.

⁴²⁸ European Commission, *Why we need a Digital Single Market*, Brussels 2015, доступно на: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/dsm-factsheet_en.pdf, 15.6.2019, 2.

⁴²⁹ *Ibid.*, 3.

⁴³⁰ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, COM(2001) 398, 11.7.2001; COM/2003/0068 final; *Communication from the Commission: Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM(2010) 2020 final, 3.3.2010.

⁴³¹ Б. Јеличић, 22.

⁴³² *Ibid.*

Друго, уговорне стране су често изненађене кад открију право значење и смисао одредби меродавног права. На пример, продавац је привредни субјект из Италије, док је купац трговац из Немачке. С обзиром на то да је италијанско право продаје под јаким утицајем немачког права,⁴³³ уговорне стране су се споразумеле да Немачки грађански законик буде меродавно право. Продавац из Италије је код закључења унутаревропског уговора о продаји уградио одредбе о ограниченој одговорности продавца, копирајући их из свог стандардног обрасца уговора, који је објављен на интернету. Међутим, немачко право предвиђа суштинску проверу стандардних услова пословања чак и код трговинских уговора,⁴³⁴ тако да је валидност одредби о ограниченој одговорности продавца предмет провере, што свакако продавац није очекивао кад је пристао да Немачки грађански законик буде меродавно право.

Треће, чак и ако је привредни субјект одлучан да предузме све неопходне кораке како би доказао своје право пред судом, ипак је исход судског процеса крајње непредвидив услед непознавања судске праксе. На пример, ако уговорне стране уговоре примену швајцарског права, као неутралног права различитог од права државе купца и продавца, вероватно ће бити затечене чињеницом да Швајцарски врховни суд прави јасну разлику између *peius*, испорука робе са материјалним недостацима, и *aliud*, испорука робе друге врсте.⁴³⁵ Према пракси суда, испорука робе друге врсте даје купцу правна средства која проистичу из неизвршења испоруке, тако да купац није дужан да подноси приговоре нити је подвргнут кратким роковима. С друге стране, испорука робе са материјалним недостацима захтева подношење приговора у што краћем року како би купац обезбедио правне лекове. Да ли се у конкретном случају ради о *peius*-у или *aliud*-у зависиће искључиво од околности конкретног случаја. Тако је Швајцарски врховни суд заузео становиште да „ручни виљушкар“ представља *aliud* у односу на уговорени „виљушкар са аутоматским мењачем“. Слично пракси Швајцарског врховног суда, у нашој судској пракси *aliud* се третира као неиспуњење уговора. Док Бечка конвенција (и правни акти ЕУ који су настали под њеним утицајем) користи јединствен појам „саобразност робе“, који обухвата сва физичка својства робе, односно не само одступања у квалитету, него и разлике у количини, испоруку *aliud*-а и недостатке у паковању робе.⁴³⁶

Горе наведене препреке које се јављају приликом реализације унутаревропске продаје, значајно отежавају уговорној страни, нарочито малим и средњим предузећима, да остваре субјективна права која произлазе из уговора и тиме их одвраћају да послују на јединственом тржишту. Може се закључити да би обезбеђивање правне сигурности требало да буде основни циљ превазилажења правног партикуларизма на јединственом тржишту Европске уније. Као што је Аристотел правилно записао у „Реторици“ да „ако се уништи ауторитет уговора, узајамни однос између људи биће уништен“, овде се може закључити да ће узајамни однос између привредних субјеката на јединственом тржишту бити уништен ако се не обезбеди ауторитет унутаревропских трговинских уговора о продаји роба.

3. Достицање правне сигурности

Потреба за обезбеђивањем правне сигурности код пословања на јединственом тржишту Европске уније представља један од главних разлога покретања хармонизације и кодификације у области европског трговинског права продаје.⁴³⁷ Достицање високог нивоа

⁴³³ Ingeborg Schwenzer, Christopher Kee, Pascal Hachem, *Global Sales and Contract Law*, Oxford 2012, 7-15.

⁴³⁴ НГЗ, чл. 305-10.

⁴³⁵ *CHE BGer*, 5 December 1995, BGE 121 III 453, Swiss Federal Supreme Court.

⁴³⁶ Сандра Фишер-Шобот, „Уговорно одређење саобразности роба“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–2/2008, 740.

⁴³⁷ COM(2001) 398; COM(2003) 68 final; COM(2010) 2020 final.

правне сигурности захтева да прописана правила морају да буду приступачна и јасна, поуздана и применљива.⁴³⁸

Први услов се односи на садржај правила, која треба да буду приступачна, разумљива и јасна, тако да омогућавају правним субјектима да одреде своју правну позицију са високим степеном сигурности и предвидивости правних последица њихових одлука.⁴³⁹ Такође, неопходно је постојање конзистентног правног система, који ће обезбедити усклађеност правила између различитих области правног система.

Други услов се односи на поузданост правила коју није могуће осигурати без дуготрајности правила. Правила се не смеју мењати често јер то доводи до осећаја правне несигурности код субјеката.

Трећи услов обавезује законодавца да усваја само она правила која ће бити применљива у пракси, и то да примена није компликована.⁴⁴⁰ Први услов захтева да су уговорне стране упознате са правилима која се примењују на уговор. Нека од тих правила одређују границе слободе уговарања, док друга прописују императивне норме које се морају примењивати на уговорни однос. Питање императивних норми је нарочито комплексно код европског трговинског права продаје, јер неке императивне норме произлазе из самог правног инструмента који је одређен као меродаван, нпр. Бечка конвенција или евентуално предлог Уредбе заједничког европског права продаје, док друге императивне норме произлазе из националног правног система на основу Уредбе *Рим I*. Може се очекивати да ће развој европског трговинског права продаје испунити други и трећи услов једноставно, али испуњавање првог услова биће повезано са многим препрекама, како правним, тако и политичким. Управо се непостојање правне сигурности наводи као један од главних разлога за неуспех Статута Европске компаније. Правна несигурност произлази из чињенице да се многе императивне норме националних правних система и даље примењују и утичу на примену Статута Европске компаније. Слична ситуација се може очекивати и са предлогом Уредбе заједничког европског права продаје, ако се однос са Уредбом *Рим I*, не регулише прецизно и јасно.⁴⁴¹

Вишеслојни правни систем који тренутно постоји у Европској унији не гарантује правну сигурност и одвраћа привредне субјекте од пословања на јединственом тржишту јер морају да узимају у обзир постојање различитих уговорних права држава чланица. Иако се Бечка конвенција о међународној продаји роба у академским круговима наводи као пример успешне хармонизације међународне трговине са практичном применом, емпиријска истраживања често показују другачију слику. Наиме, Мартин Коелер (*Martin Koehler*) у свом истраживању, које је било засновано на упитнику који су испуњавали адвокати и правници, долази до податка да 70,8% Американаца и 72,2% Немаца, који су учествовали у истраживању, углавном искључују примену Бечке конвенције.⁴⁴² Слично, Фиццералд (*Fitzgerald*) у свом истраживању долази до податка да 56% правника, који су упознати са Бечком конвенцијом, ипак експлицитно искључују њену примену.⁴⁴³ С друге стране, Де Ли (*De Ly*) у свом истраживању долази до закључка да нема емпиријских доказа за тврдњу да

⁴³⁸ Alex Geert Castermans, Ruben De Graaff, Matthias Haentjens, „The digital single market and legal certainty: a critical analysis of the Common European Sales Law“, *Hazelhoff Research Paper* 6/2015, 5.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Ernst & Young Société d'Avocats, *Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*, Brussels 2009, доступно на: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf, 13.3.2016, 14.

⁴⁴² Martin F. Koehler, *Survey regarding the Relevance of the UN CISG in Legal Practice and the Exclusion of its Application*, October 2006, доступно на: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koehler.html>, 15.3.2016.

⁴⁴³ Peter Fitzgerald, „An Empirical Study of the Value and Utility of the United Nation's Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to Practitioners, Jurists, and Legal Academics in the United States“, *Journal of Law and Commerce* 27/2008, 67 (Appendix, part II: „Specific Questions for Practitioners“, No. 11).

уговорне стране преодминантно искључују примену Бечке конвенције.⁴⁴⁴ Знатно другачије резултате износе Швенцер (*Schwenzer*) и Ки (*Kee*), који утврђују да само 13% испитаника обично искључују примену Бечке конвенције, док 32% то чини повремено.⁴⁴⁵

Без жеље да улазимо у питање вередостојности и тачности резултата различитих истраживања, могуће је извући закључак да не постоји једна општа прихваћеност Бечке конвенције као правног инструмента међународне трговине, тако ни при унутаревропској продаји роба између привредних субјеката. Неколико је разлога за овакво стање. Прво, правници су боље упознати са домаћим правом него са Бечком конвенцијом, јер је потребно уложити додатно време и новац како би се упознали са свим правилима Бечке конвенције, док је упитна исплативост уложеног; друго, Бечка конвенција не регулише сва питања која су битна за уговорно право, тако да се у вези са тим питањима мора примењивати национално право; треће, не постоји судска инстанца која би осигурала једнообразну и конзистентну примену Бечке конвенције, што доводи до правне несигурности.⁴⁴⁶ С обзиром на то да Бечка конвенција није опште прихваћена као правни инструмент унутаревропске трговине, постоји потреба за усвајањем правног инструмента на нивоу Европске уније који ће довести до хармонизације или кодификације европског трговинског права продаје. Међутим, да би успели у том настојању, неопходно је да креирају правни инструмент који ће регулисати сва питања уговорног права, пружити правну сигурност и уштеду уговорним странама унутаревропске трговине.

Да ли ће развој европског трговинског права продаје довести до повећања правне сигурности, у многоме ће зависити од карактеристика правног инструмента који ће, евентуално, бити усвојен и од институционалне структуре у оквиру које ће бити имплементиран. Прецизно дефинисање питања поља примене, императивних норми, начина уговарања примене, тумачења и попуњавања правних празнина, посебно ће утицати на ниво правне сигурности коју ће пружити будући правни инструмент европског трговинског права продаје.⁴⁴⁷

У погледу поља примене будућег правног инструмента, потребно је што јасније и прецизније одговорити на неколико питања: да ли је предвиђена примена само на уговоре између привредних субјеката (*B2B*) или је примена проширена и на уговоре између привредних субјеката и потрошача (*B2C*)? Уколико жели да се пружи посебна заштита малим и средњим предузећима, потребно је прецизно одредити појам малих и средњих предузећа. Такође, неопходно је одредити да ли ће се правни инструмент примењивати само на унутаревропске уговоре или и на домаће уговоре и међународне уговоре. У погледу начина уговорног одређивања примене правног инструмента могуће је више модалитета, тако да и у том погледу морају постојати јасна правила, јер се може предвидети да избор мора бити експлицитан, или може бити и имплицитан. Такође, поставља се питање да ли избор правног инструмента може бити предвиђен у општим правилима пословања једне уговорне стране? Да ли избор подразумева писмену форму? Такође, неопходно је дефинисати да ли одређивање примене правног инструмента европског трговинског права продаје аутоматски значи и искључивање примене Бечке конвенције.

У циљу постизања правне сигурности, неопходно је да одредбе правног инструмента европског трговинског права продаје буду тумачене аутономно, без утицаја националних правних традиција и схватања. Утицај који ће долазити од националних правних система

⁴⁴⁴ Filip De Ly, "Opting Out: Some Observations on the Occasion of CISG 25th Anniversary", *Quo vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (ed. Franco Ferrari), Brussels 2011, 25.

⁴⁴⁵ Ingeborg Schwenzer, Christopher Kee, "Global Sales Law: Theory and Practice", *Towards Uniformity: The 2nd Annual MAA Peter Schlechtriem CISG Conference* (eds. Ingeborg Schwenzer, Lisa Spagnolo), Hague 2011, 155-159.

⁴⁴⁶ Wolf-Georg Ringe, "The Law of Assignment in European Contract Law", *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale* (eds. Louise Gullifer, Stefan Vogenauer), Oxford 2014, 272.

⁴⁴⁷ M. Hesselink, "An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade?", *Centre for the Study of European Contract Law* 06/2010, 11.

треба да је компензован јасним и прецизним формулацијама у самом тексту правног инструмента.⁴⁴⁸ Аутономна интерпретација европског трговинског права продаје биће веома захтевна, јер ће национални судови тумачити одредбе без ослањања на ранију судску праксу. Нарочито на почетку, настаће многе дилеме око интерпретације и примене правног инструмента у реалним околностима. Због тога је неопходно постепено изградити уједначену судску праксу у свим државама чланицама Европске уније. У предлогу Уредбе заједничког европског права продаје предвиђа се формирање базе података са правоснажним пресудама националних судова свих држава чланица и Суда правде ЕУ.⁴⁴⁹ Такође, неопходно је одредити начин попуњавања правних празнина, односно одговорити на питање да ли ће се судови ослањати на националне прописе или заједничку правну тековину Европске уније. Постизање правне сигурности неће зависити од опције која ће бити одабрана у решавању горе наведених питања, него од начина формулације правила која треба да буде довољно јасна, прецизна и недвосмислена. У том смислу, у предлогу Уредбе заједничког европског права продаје истиче се да ће се висок ниво правне сигурности обезбедити кроз јединствену и једнозначну употребу правних термина за сва питања везана за живот уговора.⁴⁵⁰ Што привредни субјекти буду више упознати и упућени у правна решења, правне лекове, права и обавезе која су гарантована правним инструментом, то ће бити чешћа његова употреба у појединачним ситуацијама. Са позиције привредног субјекта, важније је да постоји правни инструмент који зна како да примени у конкретном случају, него да постоји „идеални“ правни инструмент са којим није упознат.⁴⁵¹

4. Остваривање законодавне улоге институција Европске уније

4.1. Општа разматрања

Према одредбама члана 288 УФЕУ, у циљу извршења надлежности Европске уније, институције Европске уније доносе уредбе, директиве, одлуке, препоруке и мишљења. Према начелу поделе надлежности између држава чланица и институција ЕУ, извршење надлежности Европске уније уређено је начелима супсидијарности и пропорционалности, тако да Европска унија делује само у границама надлежности које су државе чланице на њу пренеле уговорима, ради остваривања циљева из Уговора.⁴⁵² Иако је у Уговору направљена јасна граница разграничења између надлежности Европске уније и држава чланица, у пракси се често поставља питање правног основа нормативних аката Европске уније.

Да би правни акт институција Европске уније имао легитимитет, потребно је да кумулативно испуњава два услова; прво, неопходно је пронаћи одговарајућу правну основу у неком од чланова Уговора, и друго, неопходно је да нормативни акт служи остваривању неког од прокламованих циљева Уније. Утврђивање релевантног правног основа је од изузетне важности јер одређује врсту нормативног акта којим је могуће уредити релевантну област, као и врсту законодавног поступка који даље одређује улогу и утицај различитих институција ЕУ и држава чланица у процесу доношења одлука.⁴⁵³ С обзиром на то да

⁴⁴⁸ Pauliine Koskelo, „A national judge's perspective on the proposal for a CESL“, *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward* (Compilation of briefing notes, Workshop with the participation of EU National Parliaments), Brussels 2013, доступно на: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/474401/IPOL-JURI_AT\(2013\)474401_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/474401/IPOL-JURI_AT(2013)474401_EN.pdf), 25.3.2016, 9.

⁴⁴⁹ ЗЕПП, чл. 21.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ P. Koskelo, 7.

⁴⁵² УЕУ, чл. 5.

⁴⁵³ Rene Barents, „The Internal Market Unlimited: Some Observation On The Legal Basis of Community Legislation“, *Common Market Law Review* 30/1993, 92.

различити законодавни поступци привилегују различите институције, често је долазило до судских спорова између институција ЕУ као и земаља чланица, о избору правног основа.⁴⁵⁴

Нормативни акти европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје служе остварењу неколико различитих циљева. На првом месту, развој европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје треба да послужи као средство за отклањање препрека у функционисању унутрашњег тржишта. Постојање 28 различитих уговорноправних режима представља препреку слободном промету роба и услуга из више разлога. Пре свега због повећања трошкова пословања за предузећа која послују на европском тржишту, као што су трошкови везани за сазнавање одредби и прибављање правних савета о меродавном страном праву, трошкови за састављање општих услова пословања усклађени за свако национално тржиште, трошкови везани за решавање спорова, итд. Ови трошкови често одвраћају привредне субјекте од предузимања активности на другим националним тржиштима, јер су потешкоће с којим се сусрећу често веће од предности које пружа проширење активности изван националних граница. То се понајвише односи на средња и мала предузећа (СМП) код којих су ови трошкови несразмерни са вредношћу трансакције, тако да су више погођени него велика предузећа.⁴⁵⁵ Такође, оваква ситуација има за последицу нарушавање функционалне конкуренције на јединственом тржишту, као једног од основних циљева ЕУ, јер ставља СМП у неповољан положај на јединственом тржишту у односу на домаћа предузећа. Поред тога, успостављање простора слободе, сигурности и правде, како је то предвиђено у члану 3 Уговора о функционисању ЕУ, један је од циљева који се желе постићи развојем европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје. Недостатак правне сигурности, узрокована правном комплексношћу регулисања уговорних односа, један је од основних проблема са којим се привредни субјекти суочавају при прекограничном промету.⁴⁵⁶ Заштита права потрошача може се узети као један од циљева европског уговорног права ако се европски законодавац одлучи да кроз јединствену меру регулише и трговинске и потрошачке уговоре.

С обзиром да европско уговорно право, односно европско трговинско право продаје служи остваривању различитих унијских циљева, поставља се питање да ли извори европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје могу засновати свој правни основ на више различитих одредби Уговора? Суд правде ЕУ заузео је став да је заснивање правног основа на више одредби Уговора допуштено само под условом да правни акт има више циљева који су нераскидиво повезани и међусобно равноправни.⁴⁵⁷ Уколико је један од циљева примаран, а остали су пратећи, онда нормативни акт треба да буде утемељен на примарном циљу.⁴⁵⁸

4.2. Чланови 114 и 115 УФЕУ као правни основ за хармонизацију

Као најчешћи правни основ за хармонизацију европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје користи се члан 114 УФЕУ (члан 100а УЕЕЗ, члан 95 УЕЗ). Овај правни основ је уведен тек Јединственим европским актом из 1986. године и представљао је прекретницу у развоју европског приватног права. Тадашњи члан 100а УЕЕЗ уводи ново овлашћење Савету да доноси одлуке квалификованом већином ради успостављања и функционисања јединственог тржишта, и тиме решава застој у европским интеграцијама узрокован чланом 100 УЕЕЗ (члан 94 УЕЗ, члан 115 УФЕУ) који је захтевао да се нормативни акти могу усвајати само једногласном одлуком. Поред новине у начину усвајања одлука у Савету, члан 100а УЕЕЗ уводи и новину у погледу типова правних аката

⁴⁵⁴ Holly Cullen, Andrew Charlesworth, „Diplomacy by Other Means: The Use of Legal Basee Litigation as a Political Strategy by the European Parliament and Member States, *Common Market Law Review* 36/1999, 1243.

⁴⁵⁵ Вид. COM/2003/0068 final.

⁴⁵⁶ ЗЕПП, члан 9.

⁴⁵⁷ Вид. Директива о електронској трговини и Директива о електронском потпису

⁴⁵⁸ Вид. Case C-491/01, *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco* [2002] ECR I-11453; Case C-300/89, *Commission v. Council (Titanium Dioxide)* [1991] ECR I-2867.

Уније који се могу усвојити, тако да се на овој правној основи могу доносити директиве, уредбе, препоруке и одлуке. Члан 100а УЕЕЗ користи термин „мере“ као генерички појам за све типове правних аката Уније, док се члан 100 УЕЕЗ односи само на директиве.⁴⁵⁹ Осим наведеног, члан 114 УФЕУ прописује и да се мере морају донети у складу са редовним законодавним поступком, док члан 115 прописује посебан законодавни поступак. Примена члана 114 УФЕУ је ограничена резидуалном одредбом, тако да се члан 114 УФЕУ користи искључиво када „Уговором није другачије прописано“, тј. када не постоји нека друга одредба Уговора која успоставља ближу везу са материјом која се жели регулисати. Узимајући све карактеристике у обзир, може се рећи да је члан 114 УФЕУ погоднији правни основ него члан 115 УФЕУ.

Суд правде ЕУ је кроз резоновање у случају *Tobacco Advertising I*⁴⁶⁰ одредио критеријуме за одређивање граница и садржаја члана 114 УФЕУ. Ови критеријуми могу се представити на следећи начин:

- мере засноване на овом члану морају доприносити уклањању **препрека** слободном промету или доприносити уклањању **поремећаја** конкуренције;
- док постојање и најмање **препреке** слободном промету даје правни основ за усвајање мере хармонизације, дотле **поремећај** конкуренције на унутрашњем тржишту мора да буде осетан, мерљив (*appreciable*);
- хармонизација је оправдана чак и ако **препрека** није настала, али је извесно да ће настати;
- институције ЕУ треба да узму у обзир и друге интересе када одлучују како да уклоне **препреке** и **поремећаје**.⁴⁶¹

Из овога се може извести закључак да постојање разлика између националних уговорноправних режима, само по себи, не би оправдало употребу члана 114 УФЕУ као правног основа за доношење нормативног акта, ако се не докаже да разлике између националних система представљају барем и најмање препреке слободном промету, или да доводе до осетних поремећаја конкуренције на унутрашњем тржишту. Није неопходно да разлике у националним прописима испуњавају кумулативно оба услова, довољно је да стварају или препреке слободном промету или поремећаје конкуренције, што је потврђено и у случају *Tobacco Advertising II*.⁴⁶²

Узимајући у обзир критеријуме тобако теста (*tobacco test*), Комисија у програмским актима о европском уговорном праву улаже велике напоре да докаже да разлике у националним уговорним режимима угрожавају несметано функционисање јединственог тржишта, ограничавају слободе промета, те доводе до поремећаја конкуренције на тржишту. Овим активностима Комисија жели да докаже правни основ за усвајање мера хармонизације европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје на основу члана 114 УФЕУ.

Опциони инструмент, као могући облик развоја прописа европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје, суочиће се са проблемом да стекне ваљан правни основ на члану 114 УФЕУ, с обзиром на двосмислено значење синтагме „мере апроксимације националног права“. У неким пресудама⁴⁶³ Суд правде ЕУ је резоновао да значење синтагме не даје право институцијама Европске уније да доносе мере које ће коегзистирати са националним прописима, а што се предвиђа у Опционим инструментима. Тако, не може се сматрати да је реч о „мери апроксимације националног права“, ако мера

⁴⁵⁹ Вид. значење термина „мере“ у случају C-359/92, *Germany v Council* [1994] ECR I-3681.

⁴⁶⁰ Case C-376/98, *Germany v. European Parliament and Council (Tobacco Advertising)*, [2000] ECR I-8419.

⁴⁶¹ D. Chalmers *et al.*, 690.

⁴⁶² Case C-380/03 *Germany v Parliament and Council* [2006] ECR I-11573.

⁴⁶³ Вид. Case C-45/86 *Commission v. Council* [1987] ECR 1493, para 13; Case C-350/92 *Spain v. Council* [1995] ECR I-1985, para 26. sq.; Case C-377/98 *The Netherlands v. European Parliament and Council* [2001] ECR I-7079, para 24.

институција Еропске уније оставља неизмењено постојеће национално право.⁴⁶⁴ Овакво становиште подржавају, такође, и неки аутори.⁴⁶⁵ Међутим, постоје и другачија гледишта, која су, такође, утемељена на ранијим пресудама⁴⁶⁶ и мишљењима⁴⁶⁷ Суда правде ЕУ. Тако је у случају *Smoke Flavouring*⁴⁶⁸ Британска влада тврдила да није могуће стећи правни основ на члану 114 УФЕУ за уредбу која дефинише поступак увођења забране коришћења прехранбених адитива који угрожавају здравље људи. Према мишљењу британске владе, члан 114 УФЕУ може се користити само за стварну и директну апроксимацију националних правила, а не за успостављање механизма који служи таквој апроксимацији. Међутим, Суд правде ЕУ је одбацио овакво резонување и потврдио да се члан 114 УЕФУ може користити за стварање система који води хармонизацији. При оваквом резонувању члан 114 УФЕУ може бити правни основ за усвајање мера европског уговорног права, као и предлога Уредбе о заједничком европском праву продаје или Европског законика о уговорима (*European Contract Code*).⁴⁶⁹

Код оваквог ширег тумачења постоји страх код одређених теоретичара да члан 114 УФЕУ не постане општи правни основ за хармонизацију националних прописа, без ограничења.⁴⁷⁰ Ипак, овакви страхови нису оправдани јер у законодавној процедури Савет и Парламент морају изгласати меру, а и Суд правде ЕУ би, вероватно, поништио такву меру која би отишла предалеко. Осим тога, члан 114 УФЕУ је ограничен тако тестом и принципом пропорционалности.

4.3. Правни основ утемељен на члану 169 УФЕУ

Уколико се европски законодавац одлучи да кроз јединствену меру регулише и трговачке и потрошачке уговоре, онда би члан 169 УФЕУ могао бити један од правних основа којег треба узети у разматрање. Иако је заштита потрошача као један од основних циљева ЕУ наведена у члан 3 (2) УЕУ, члан 169 УФЕУ прописује два начина деловања за институције ЕУ у циљу заштите потрошача. Прво, ЕУ нема непосредну надлежност да доноси самосталне мере за заштиту потрошача, него је та надлежност посредна, односно могућа је само ако испуњава критеријуме из члана 114 УФЕУ и ако служи циљу заокружења унутрашњег тржишта.⁴⁷¹ Друго, Европска унија је овлашћена да доноси мере којима се подржава, допуњује и надзире политика држава чланица у области заштите потрошача. И овде ЕУ нема надлежност која би давала основа за усвајање самосталне и свеобухватне мере за заштиту потрошача. Стога се оправдано може тврдити да је члан 114 потпуно преузео улогу правне основе коју је потенцијално могао имати члан 169 у области заштите права потрошача.⁴⁷²

⁴⁶⁴ Case C-436/03 *European Parliament v. Council* [2006] 3733, para 84.

⁴⁶⁵ Natalia Kabacinska, Issues on the harmonisation of european contract law and the polish presidency proposal concerning an optional instrument, Warsaw, 2011, доступно на: <http://en.zpc.wpia.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2011/01/European-Constitutionalism-paper-NKabaci%C5%84ska.pdf>, 12.4.2016, 15.

⁴⁶⁶ Вид. Case C-217/04, *UK v. European Parliament and the Council*, (ENISA) [2006] ECR I-3771.

⁴⁶⁷ Вид. ECJ advisory opinion 1/94 on the WTO agreement (Opinion of the Court of 15 November 1994: Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property - Article 228 (6) of the EC Treaty. Opinion 1/94. *European Court Reports* 1994 I-05267).

⁴⁶⁸ Case C-66/04, *UK v. European Parliament and Council* [2005] ECR I-10553.

⁴⁶⁹ D. Chalmers *et al.*, 694.

⁴⁷⁰ Вид. Alan Dashwood, „The Limits of the European Community Powers“, *European Law Review* 21/1996, 113-128; Garreth Davies, „Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time“, *Common Market Law Review* 43/2006, 63-84.

⁴⁷¹ J. M. Smits, „European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order“, *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 3/2006, 6.

⁴⁷² Richard Stephen James Mumford, „The Legality of the Optional Instrument in the Area of European Contract Law“, 2004, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mumford.html>, 12.3.2016.

4.4. Правни основ утемељен на члану 81 УФЕУ

Усвајањем Лисабонског уговора, према ставу одређених аутора,⁴⁷³ дошло је до проширења садржаја члана 81 УФЕУ у односу на садржај ранијег члана 65 УЕЗ, тако да сада потенцијално може послужити као правни основ за усвајање мера које регулишу материјално право, а не само међународно приватно право.

Члан 65 УЕЗ је представљао одговарајућу правну основу за усвајање мера које имају за циљ уједначавање правила националног права која уређују питања међународног приватног права, тј. питања меродавног права, одређивања јурисдикције у споровима с међународним елементом, те признавање и извршавање одлука страних судова. Како садржај будућих мера ЕУТП чине одредбе материјалног права, очигледно је да члан 65 УЕЗ није могао послужити као задовољавајући правни основ за његово доношење. Члан 65 УЕЗ је послужио као правни основ за усвајање Уредбе о меродавном праву за уговорне односе (Рим I), Уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе (Рим II), Уредбе о надлежности и признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима (Брисел I).

За разлику од члана 65 УЕЗ који користи систем позитивне енумерације мера које се могу усвојити, члан 81 УФЕУ користи листу појединачних циљева који треба да се остваре усвајањем мера, чиме ствара могућност за усвајање мера које нису експлицитно наведене, али су потребне за правилно функционисање унутрашњег тржишта. С обзиром на циљно оријентисану надлежност у члану 81 УФЕУ, ирелевантно је да ли мера долази из области материјалног или међународног приватног права.⁴⁷⁴ Ипак, и даље остаје упитно да ли би све одредбе будућих мера ЕУТП могле стећи ваљан правни основ на члану 81 УФЕУ.

Вероватно се европски законодавац неће одлучити за члан 81 УФЕУ из још два разлога. Прво, члан 81 УФЕУ се ограничава на грађанска питања која имају прекограничне ефекте, а једана од опција за развој ЕУТП предвиђа примену и на чисто националне уговорне односе. Друго, усвајање мера на основу овог члана не обавезује аутоматски све државе чланице ЕУ, јер Велика Британија и Ирска имају право да одлуче да ли ће се мере из области „слободе, безбедности и правде“ односити и на њих.⁴⁷⁵ Нарочито, имајући у виду супротстављање британске владе хармонизацији грађанског права.⁴⁷⁶

4.5. Правни основ утемељен на члану 352 УФЕУ

Као крајњу могућност за заснивање правног основа Лисабонски уговор прописује такозвану „флексибилну одредбу“ на основу које Савет може једногласно на предлог Комисије и након прибављања сагласности Европског парламента, усвојити одговарајуће мере у случају да се у оквиру политика утврђених уговорима покаже потребним да Унија предузме неку меру, ради остваривања једног од циљева утврђених уговорима, а да уговорима нису предвиђена потребна овлашћења. Члан 352 УФЕУ даје Савету изразито

⁴⁷³ Вид. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, „Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession“, *RabelsZ* 74/2010, 530, доступно на:

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>, 10.3.2016; *European Parliament resolution of 23 November 2010 on civil law, commercial law, family law and private international law aspects of the Action Plan Implementing the Stockholm Programme (2010/2080(INI))*, P7_TA(2010)0426, para. 16.

⁴⁷⁴ Jürgen Basedow *et al.* „Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final“, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 75/2011, 387.

⁴⁷⁵ *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocol (No 21) on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice*, OJ C 202, 7.6.2016.

⁴⁷⁶ Вид. UK Government (Department for Business, Innovation and Skills), “UK Government Response to the Green Paper“, London 2011, доступно на: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32274/11-1097-uk-government-response-eu-corporate-governance-framework.pdf, 16.4.2016.

широке надлежности и сматра се материјализацијом доктрине о имплицитним надлежностима ЕУ. Европски суд правде због тога наглашава да члан 352 УФЕУ представља унутрашњи елемент уставног оквира ЕУ који се заснива на принципу додељених овлашћења, и да не може служити за проширење унијских надлежности изван уставног оквира ЕУ у целини, нити изван циљева и политика ЕУ које су одређене Уговором.⁴⁷⁷ У члану 352 УФЕУ прописана су ефикасна ограничења прешироког коришћења овог основа, тако да мера може бити усвојена само једногласно, ако нема другог правног основа за усвајање мере, као и ако се мера усваја ради остварења једног од циљева ЕУ.⁴⁷⁸

Мере ЕУТП би испуниле ове услове јер се усвајају у циљу успостављања или функционисања унутрашњег тржишта (члан 3(3) УЕУ, члан 26 УФЕУ), успостављања простора правде (члан 3(2) УЕУ), па чак и заштите потрошача (члан 169 УФЕУ) ако мере буду регулисале како трговинске, тако и потрошачке уговоре. Такође, усвајање Европског законика о уговорима или Заједничког референтног оквира не би могло да се заснује на једном од појединачних, горе наведених, чланова јер не дају довољан правни основ за усвајање јединствене уговорне или грађанске кодификације. Осим тога, било би политички оправдано користити овај правни основ за усвајање кодификација на нивоу ЕУ јер се захтева једногласност, тако да не би било могуће говорити о „наметању“ кодификације државама чланицама од стране институција ЕУ.

4.6. Закључак

Питање правног основа је уско повезано са питањем правне форме, садржине, као и примене будуће мере за хармонизацију европског уговорног права, односно европског трговинског права продаје.⁴⁷⁹ Тек пошто се европски законодавац одлучи за одређену опцију за развој европског уговорног трговинског права, могуће је одредити одговарајући правни основ за такву меру, узимајући у разматрање све аспекте такве мере.

Узимајући у обзир горе наведена разматрања, члан 114 и члан 352 УФЕУ чине се као најсолиднији од свих правних основа за хармонизацију европског уговорног трговинског права. Тако је Предлог Уредбе о заједничком европском праву продаје користио управо члан 114 УФЕУ као правни основ. Ипак, с обзиром на то да је члан 352 УФЕУ коришћен при усвајању мера за хармонизацију компанијског права Европске уније⁴⁸⁰ и индустријске својине,⁴⁸¹ а те мере у главним цртама одговарају ономе што се жели постићи усвајањем мера ЕУТП, није искључено да ће европски законодавац користити овај правни основ ако се одлучи за ширу меру која неће моћи успоставити правни основ на члану 114 УФЕУ због границења.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Case C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*. [2008] ECR I-6351, 203.

⁴⁷⁸ J. Basedow *et al.*, 387.

⁴⁷⁹ Вид. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, COM(2004) 651 final, 11.10.2014.

⁴⁸⁰ Уредба о Статуту европске компаније из 2001. године – *Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE)*, OJ L 294, 10.11.2001; Уредба о Статуту европских задруга из 2003. године – *Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE)*, OJ L 207, 18.8.2003; вид. Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић-Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Београд 2012.

⁴⁸¹ Уредба о жигу Заједнице из 1994. године – *Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark*, OJ L 11, 14.1.1994.

⁴⁸² Martijn Hesselink, Jacobien Rutgers, Timothy Booy, „The legal basis for an optional instrument on European contract law“, *Centre for the Study of European Contract Law* 4/2007, 8.

ГЛАВА III

ЕКОНОМСКИ АСПЕКТИ ПОВОДА И ПОТРЕБА КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

1. Општа разматрања

Академска дебата о заједничком европском праву продаје најчешће се одвија у европским правничким круговима, често анализирајући само правна питања без промишљања о економским и практичним последицама, до којих би дошло у случају усвајања заједничког европског права продаје. Зато је Европска Комисија у више наврата захтевала израду емиријских студија о конкретним примерима у којима различитости између уговорног права држава чланица Европске уније доводе до отежавања или онемогућавања унутаревропске трговине.⁴⁸³ У Зеленом папиру из 2010. године,⁴⁸⁴ Комисија захтева да предлог текста уредбе или директиве мора бити праћен извештајем о економским ефектима и процени утицаја на јединственом тржишту.

Опште је познато да унутаревропска трговина узрокује веће трошкове, него трговина унутар граница једне државе чланице. Међутим, поставља се питање да ли је увећање трошкова, услед различитих националних уговорних права, довољно велико да одврати привредне субјекте од обављања унутаревропске трговине. Уколико је увећање трошкова толико да узрокује само незнатну баријеру приликом обављања унутаревропске трговине, онда не постоји оправдање за хармонизацију и унификацију различитих права држава чланица ЕУ у области уговорног права. До одговора на ова питања може се доћи једино кроз израчунавање трошкова унутаревропске трговине под постојећим условима, и предвиђање позитивних последица у случају усвајања заједничког европског трговинског права продаје.⁴⁸⁵

2. Резултати спроведених истраживања

Један од првих свеобухватних извештаја био је сачињен 2005. године од стране Вогенауера (*Vogenauer*) и Ведерила (*Weatherill*),⁴⁸⁶ који је укључивао укупно 175 привредних субјеката различитих величина из свих сектора привреде Европске уније. Током истраживања дошло се до податка да две трећине испитаника сматра да постоје баријере које отежавају унутаревропску трговину и да главни разлог за ове баријере произлази из различитости у правним системима држава чланица Европске уније. Као последицу таквог стања једна четвртина испитаника наводи да је понекад или често одвраћена од трговине на јединственом тржишту.⁴⁸⁷ Осим тога, велика већина испитаника желела би у будућности да види свеобухватну хармонизацију европског уговорног права, док је само мали проценат испитаника изразио жељу за увођењем европског уговорног права, које би било обавезно за све уговоре унутаревропске трговине.⁴⁸⁸ Напротив, велика већина испитаника је изразила жељу за увођење опционог инструмента европског уговорног права и потврдила је да би га често користила за уговоре унутаревропске трговине.

⁴⁸³ COM(2001) 398; COM(2004) 651 final.

⁴⁸⁴ *Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, COM(2010) 348 final, 1.7.2010.

⁴⁸⁵ A. Schwartze, 60.

⁴⁸⁶ Stefan Vogenauer, Stephen Weatherill, „The European Community’s Competence for a Comprehensive Harmonization of Contract Law. An Empirical Analysis“, *European Law Review* 30/2005, 117.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, 118.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

Ради сагледавања што прецизније и шире слике о економским ефектима и процени утицаја предлога уредбе о Заједничком европском праву продаје на јединствено тржиште, Комисија је спровела низ истраживања. Прво, „SME Panel Survey on the Impacts of European contract Law“,⁴⁸⁹ друго, „European Business Test Panel – A legislative instrument in European Contract Law“,⁴⁹⁰ треће, „European contract law in business-to-business transactions“.⁴⁹¹ Резултати ових истраживања су једини искуствени подаци које је Комисија користила.

„SME Panel Survey“ је имао за циљ да истражи колико би усвајање заједничког европског права продаје могло да помогне малим и средњим предузећима да превазиђу правне препреке и остваре корист од пословања на јединственом тржишту.⁴⁹² Истраживање је спроведено уз помоћ *Enterprise Europe Network*, ЕУ организације која окупља више од 580 представника малих и средњих предузећа, у циљу пружања подршке и помоћи малим и средњим предузећима у пословању на јединственом тржишту. Већина представника малих и средњих предузећа изразила је став да препреке везане за уговорно право представљају значајне баријере за унутаревропску трговину. Такође, већина испитаника се определила да европско уговорно право буде јединствено како за домаће уговоре, тако и за унутаревропске уговоре.⁴⁹³ На основу ових података, Комисија је закључила да раличитост између уговорног права држава чланица представља разлог зашто МСП одбијају да продају своје производе потрошачима у другим државама чланицама. С обзиром на то да је *Enterprise Europe Network* веома блиска и кофинансирана од стране Комисије, посумњало се у веродостојност података, јер су добијени резултати оправдавали већ постојећу политику и настојање Комисије. Због тога се приступило другом, односно трећем истраживању.

Циљ другог истраживања, *European Business Test Panel*, био је сличан првом истраживању, с тим да је истраживање спроведено кроз *web* платформу. *European Business Test Panel* је био доступан на свим језицима и отворен за све привредне субјекте, без обзира на величину и делатност. Предузеће које би се пријавило на платформу добило би осам упитника годишње, о свакодневним пословним активностима, за чије попуњавање није потребно више од петнаест минута. Око 3645 предузећа се пријавило на платформу. *European Business Test Panel* је био боље документован од првог истраживања и обухватао је предузећа различитих величина. Подаци до којих се дошло генерално потврђују податке из првог истраживања. Велика већина привредних субјеката залаже се за усвајање заједничког европског права продаје за унутаревропску трговину, како за потрошачке тако и за трговинске уговоре.⁴⁹⁴ Основно разликовање у добијеним подацима између два истраживања повезано је са питањем да ли заједничко европско право продаје треба да буде применљиво само на унутаревропску трговину или јединствено на домаћу и на унутаревропску трговину? Око 56% испитаника првог истраживања подржало је примене заједничког европског права продаје како на домаћу, тако и на унутаревропску трговину, док је 62% испитаника другог истраживања подржало опцију да се заједничко европско права продаје примењује само на унутаревропску трговину.

Треће истраживање обавила је Галуп организација, кроз интервјуисање 6,457 предузећа из 27 држава чланица. Упитник је садржао укупно шеснаест питања, која су била подељена у три секције. Прва секција је обухватала три питања, која су испитивала да ли је предузеће квалификовано да учествује у истраживању. Друга секција је обухватала шест

⁴⁸⁹ European Commission, *SME Panel Survey on the Impacts of European Contract Law*, Brussels 2011, доступно на: http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/report_sme_panel_survey_feb_2011_en.pdf, 12.3.2016, 1.

⁴⁹⁰ European Commission, *European Business Test Panel. European Contract Law. Statistics*, Brussels 2010, доступно на: http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/2010/european_contract_law/index_en.htm, 12.3.2016, 2.

⁴⁹¹ The Gallup Organization, *Flash Eurobarometer survey (No. 320): European contract law business-to-business transactions*, Analytical Report, Brussels 2011, доступно на: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/FLASH/surveyKy/965>, 20.3.2016, 1.

⁴⁹² *SME Panel Survey on the Impacts of European Contract Law*, 1.

⁴⁹³ *Ibid.*, 2.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, 4.

питања у вези са општим пословањем испитаника. Трећа и главна секција садржала је различита питања у вези са европским уговорним правом.⁴⁹⁵ На основу тога, може се узети да ово истраживање репрезентује све типове и величине предузећа у ЕУ.

У извештају су препреке које се односе на уговорно право подељене на четири врсте, с тим: да 29,7% испитаника потешкоће у вези са договарањем меродавног права означава као основну препреку пословању на јединственом тржишту; 35,7% испитаника потешкоће у вези са разумевањем одредби меродавног страног права означава као основну препреку пословању на јединственом тржишту; 31,1% испитаника потешкоће у вези са решавањем спорова означава као основну препреку пословању на јединственом тржишту; и 30,9% испитаника потешкоће у вези са прибављањем правних савета о страном праву означава као основну препреку пословању на јединственом тржишту.⁴⁹⁶ Укупно посматрано, анализа показује да око половине испитаника проналази да једна од препреке повезаних са уговорним правом има значајнији утицај на пословање на јединственом тржишту.

Око 70% испитаника је рекло да би вероватно или веома вероватно користило заједничко европско право продаје као меродавно право код уговора унутаревропске трговине.⁴⁹⁷ Занимљив је податак да се 51,9% испитаника изјаснило да заједничко европско право продаје замени национално уговорно право, око четвртине испитаника заузело је став да заједничко европско право продаје треба да буде алтернативни правни режим националном правном систему, како код домаће трговине, тако и код унутаревропске трговине.⁴⁹⁸ На питање колико би заједничко европско право продаје утицало на њихово пословање на јединственом тржишту ЕУ, 33,5% испитаника изјаснило се да очекују да би ЗЕПП позитивно утицало на њихово пословање на јединственом тржишту ЕУ, док већина испитаника (54,3%) не очекује промене. Привредни субјекти који још увек не учествују на јединственом тржишту били су веома оптимистични у вези са усвајањем заједничког европског права продаје, тако да 22% испитаника верује да би се њихово пословање повећало значајно, док 30% верује да би дошло до мањег увећања пословања на јединственом тржишту.⁴⁹⁹

На основу ових истраживања Комисија је сачинила документ под насловом *Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (IA)*.⁵⁰⁰ Израда процене утицаја (IA) имала је за циљ да припреми транспарентне, свеобухватне и детаљне информације о предностима и недостацима различитих политика у погледу будућности европског уговорног права. Тиме су се обезбедили услови да доносиоци политичких одлука креирају политику која је заснована на чињеницама. Ипак, многи су се критички односили према овој процени утицаја, наводећи да процена утицаја служи само како би се оправдала раније донесена политичка одлука, а не да би се истражиле све политичке опције. У прилог овој критици служи и изјава Вивиен Рединг (*Viviane Reding*), Комесара ЕУ за правду, основне слободе и држављанство, која је пре објављивања процене утицаја објавила свој политички став, који је касније и био препоручен у процени утицаја.

У наведеној процени утицаја, Комисија је утврдила да опортунитетни трошак, који настаје због различитости уговорног права у различитим државама чланица, износи између 26 до 184 милијарде евра.⁵⁰¹ До ових података Комисија је дошла кроз квантификацију квалитативних одговора које су испитаници дали у горе наведеним истраживањима. Осим тога, Комисија је утврдила да просечан трошак ширења пословања у додатној држави чланици, узрокован различитостима уговорног права између држава чланица, износи од

⁴⁹⁵ The Gallup Organization, 5.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*, 6.

⁵⁰⁰ Commission staff working paper: *Impact Assessment, Accompanying the Document „Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law“ on a Common European Sales Law, SEC(2011) 1165 final*, 7.

⁵⁰¹ *Ibid.*, 7.

9.000 до 10.659 евра.⁵⁰² Полазећи од ове тврдње, Комисија је утврдила да годишњи трошкови које ЕУ компаније плате приликом извоза у додатну државу чланицу, узроковани различитостима уговорног права између држава чланица, износе између 0,9 до 1,9 милијарди.⁵⁰³ Укупан трошак за све ЕУ извозно оријентисане компаније процењен је између 6 и 13 милијарди.⁵⁰⁴

3. Анализа резултата истраживања

3.1. Афирмациони ставови у погледу кодификације

На основу извршене процене утицаја, Комисија је предложила усвајање Уредбе о заједничком европском праву продаје, као опционом уговорном режиму националним режимима. Због тога је Комисија детаљно анализирала последице које би настале услед усвајања заједничког европског права продаје. Комисија је проценила да би привредни субјекти који би користили заједничко европско право продаје имали просечан трошак од 9.800 евра, по основу препрека везаних за уговорно право, за пословање на целом јединственом тржишту ЕУ, укључујући све државе чланице. Овај трошак једнак је трошку покретања пословања у само једној додатној држави чланици ЕУ, у опцији да се не усвоји заједничко европско право продаје. На основу тога, Комисија даље закључује да би привредни субјекти, који желе да прошире своје пословање на додатних пет држава чланица, требало да снесу трошак од 49.000 евра, по основу препрека везаних за национално уговорно право сваке од пет додатних држава чланица. Међутим, уколико се одреде да користе заједничко европско право продаје, привредни субјекти ће уштедети 39.200 евра.⁵⁰⁵ Уколико се ради о ширењу пословања на додатних десет држава чланица, укупна уштеда за привредно друштво би износила око 88.500 евра. Комисија, такође, процењује, да ако 25% привредних субјеката ЕУ који већ послују на јединственом тржишту ЕУ, одмах почну да користе заједничко европско право продаје, тренутни трошак имплементације ЗЕПП биће око 1,89 милијарди евра.⁵⁰⁶ Према Комисији, овај трошак биће компензован кроз уштеде које ће се остварити увођењем заједничког европског права продаје. Ако 25% привредних субјеката ЕУ, који тек почињу да послују на јединственом тржишту, буде користило заједничко европско право продаје као меродавно право, онда би укупна годишња уштеда износила између 150 и 400 милиона евра.⁵⁰⁷

Важно је нагласити да се очекује смањење малопродајних цена за 0,04-0,07%, ако би 25% привредних субјеката ЕУ, који послују на јединственом тржишту, почело да користи заједничко европско право продаје.⁵⁰⁸ Смањење малопродајних цена би била директна последица смањења трансакционог трошка. Трансакциони трошкови су трошкови трговинске размене који обухватају: 1) информационе трошкове проналажења потенцијалних партнера; 2) трошкове преговарања и израде уговора; 3) трошкове контроле извршења уговора; и 4) трошкове који настају евентуалним раскидом уговора.

Висина трансакционих трошкова зависи од карактеристика привредних субјеката који учествују у процесу размене роба или услуга и карактеристика тржишног окружења унутар којег се одвијају ти процеси. Јасно је и на први поглед да на износ трансакционог трошка, у различитим фазама трговинског односа, директно утичу правила продаје, порески систем, царинска политика, језичке баријере, развијеност транспортних мрежа и други фактори. Како

⁵⁰² *Ibid*, 15.

⁵⁰³ *Ibid*, 16.

⁵⁰⁴ *Ibid*, 12.

⁵⁰⁵ *Ibid*, 33-34.

⁵⁰⁶ *Ibid*, 34.

⁵⁰⁷ *Ibid*.

⁵⁰⁸ *Ibid*, 35.

трансакциони трошкови утичу на интензитет трговинске размене, тако и плурализам правила продаје утиче на смањење продаје на јединственом тржишту Европске уније.

Према теорији трансакционог трошка,⁵⁰⁹ тржиште се узима као медиј координисања уговорних активности између привредних субеката, односно одвијања партнерских односа. Плурализам правила продаје на јединственом тржишту представља трансакциони трошак јер привредни субјекти морају да носе трошак упознавања са правилима продаје у другој држави чланци Европске уније. Трансакциони трошкови су равноправни фактори са фактором цене и квалитета, приликом доношења одлуке привредног субјеката да ли да уђу у уговорни однос или не. Када привредни субјект одлучује да ли да купи производ или да покуша да га произведе својим ресурсима, тржишна цена није једини фактор, него трансакциони трошкови често пресудно утичу на одлуку.⁵¹⁰

Увођење заједничког европског права продаје довело би до увећања БДП Европске уније за око 0,04–0,08 %, што представља увећање од 5 до 10 милијарди евра. Осим тога, очекује се стварање од 159.300 до 315.900 нових радних места, ако би 25% привредних субјеката ЕУ, који послују на јединственом тржишту, почело да користи заједничко европско право продаје.⁵¹¹

Смањење малопродајних цена, увећање БДП и смањење незапослености, свакако, представљају позитивне последице заједничког европског права продаје, међутим, нису сви доносиоци политичких одлука били убеђени у веродостојност и објективност ових процена, што је, напослетку, и утицало на повлачења заједничког европског права продаје из процедуре. Без обзира на критике које су упућене на објективност горе наведених истраживања и на процену утицаја, неспорна је чињеница да је унутар-ЕУ трговина за 75% већа у односу на трговину са државама ван ЕУ (ван-ЕУ трговина). Значај унутар-ЕУ трговине је још већи, ако узмемо у обзир чињеницу да је свака држава чланица ЕУ трговала више унутар јединственог тржишта ЕУ, него са свим осталим државама света. Ово једино није случај за Велику Британију и Грчку. Осим тога, евидентно је јачање јединственог тржишта, те је тако у периоду од 2009. до 2014. године забележено пет узастопних увећања унутаревропског трговања. Имајући у виду ове тенденције, биће неизбежно даље развијати европско трговинско право продаје, јер то захтева привредна активност, док је на доносиоцима политичких одлука да одреде нормативни облик и садржај који ће пратити даљи развој заједничког европског права продаје.

3.2. Негациони ставови у погледу кодификације

Неки теоретичари су скептични у погледу истинитости и објективности резултата ових истраживања, па тако и у погледу оправданости унификације и кодификације европског трговинског права. Јан Смитс (*Jan Smits*) при анализи оправданости унификације узима у обзир емпиријске, економске и бихејвиоралне аргументе и долази до закључка да нема убедљивих доказа да ће унификација и кодификација уговорног права довести до унапређења трговине на међународном и јединственом тржишту.⁵¹²

Емпиријски аргументи полазе од сазнања да у већини случајева привредни субјекти нису заинтересовани да дуготрајно преговарају о условима уговора, док у случају „неслагања“ у погледу извршења уговора већина привредних субјеката покушава да реши неслагање на неформалан начин, а, ако и не успеју у томе, спремни су да носе губитке, као део пословног ризика. Разлог за резервисаност према трговинском праву налази се у чињеници да се трговина најчешће обавља са дугогодишњим пословним сарадницима, тако да би инсистирање на стриктном извршењу уговора често угрозило пословни однос. Готово

⁵⁰⁹ Нобеловац Роналд Коуз (*Ronald H. Coase*) је развио „теорију трансакционог трошка“ као производ економске мисли „новог институционализма“, произашле из „чикашке школе“.

⁵¹⁰ Ronald Coase, „The nature of the firm“, *Economica* 4/1937, 396.

⁵¹¹ SEC(2011) 1165 final, 24.12.2012, 42.

⁵¹² J. M. Smits, „The practical importance of harmonization of commercial contract law“, *Modern Law for Global Commerce* (ed. UNCITRAL secretariat), Vienna 2007, 46-52.

свака комерцијална трансакција у себи садржи елемент поверења, посебно трансакција која се обавља у неком дужем временском периоду.⁵¹³ Такође, истиче се да значај трговинског права у пословној пракси имеђу привредних субјеката унутар јединственог тржишта, није на том нивоу како се често процењује у академској заједници. Овакав став заснива се на чињеници да ће у одређеној мери увек бити лакше пословати са привредним субјектима из сопствене државе преваходно због лакоће комуникације, близине, традиције и других фактора који нису везани за уговорно право.⁵¹⁴ Као аргумент за ову тезу узима се пример да је обим унутар-ЕУ трговине удвостручен у периоду од 1985. до 1995. године, а узрок тога свакако није уједначено европско трговинско право.⁵¹⁵

Економски аргументи полазе од чињенице да трансакционни трошкови на различит начин погађају различите привредне субјекте. Трансакциони трошак теже погађа мала и средња предузећа, док су велике компаније искусније у међународној трговини и могу искористити добру преговарачку позицију.⁵¹⁶ Велике компаније на јединственом тржишту остварују велике трансакције и тако покривају трансакционе трошкове. Такође, велике компаније најчашће имају своје типске уговоре без обзира на то да ли се ради о домаћој или унутар-ЕУ трговини. Иако ће велики привредни субјекти, са снажном преговарачком моћи, често бити у могућности да фиксирају своје национално право као меродавно право уз типски уговор, ипак ниједан привредни субјект нема такву преговарачку моћ да издејствује примену свог националног права и типског уговора сваки пут и у сваком случају. Осим тога, привредни субјекти, без обзира на величину, морају да развију и израде типске уговоре који ће одговарати свим појединачним правним системима држава чланица у којим желе да послују, у погледу императивних норми које се примењују без обзира на меродавно право. Такође, са позиције регулатора не сме се заборавити друга, слабија, страна у уговору. Мала и средња предузећа немају преговарачку позицију да би могли да наметну своје услове пословања нити одабир меродавног права. Ако јача уговорна страна инсистира на свом типском уговору и националном праву, онда терет изучавања страног меродавног права пада на слабију страну, која често нема ресурсе за то, тако да улази у правну несигурност. Оваква ситуација у пракси одвраћа мала и средња предузећа да послују у другим државама Европске уније, јер су демотивисана да плате правне савете и друге трансакционе трошкове који су превисоки у поређењу са вредношћу саме трансакције.

Уз наведено, у Европској унији националне привреде и друштва држава чланица су и различите у погледу степена богатства и начина дистрибуције богатства између различитих социјалних група. Из тога произлази да не само различита правна традиција и култура, него и различити економски и социолошки фактори, одређују немогућност усвајања јединственог сета правила продаје на нивоу ЕУ, која ће одговарати и бити прилагођена свим државама чланицама Европске уније. Чак иако би се усвојила јединствена правила, њихово тумачење и примена би били вршени од стране националних судова држава чланица, што би довело до фактичке различите примене јединствених правила услед различите културе, правне традиције, судске праксе и правног поретка држава чланица.⁵¹⁷

Бихејвиорална анализа⁵¹⁸ унификације европског трговинског права полази од претпоставке да теорија рационалног избора није у потпуности истинита и да се у свакодневном животу људи не понашају увек рационално.⁵¹⁹ Док је психологија углавном фокусирана на разумевање понашања човека у себи и за себе, бихејвиорална економија је усмерена на разумевање понашања актера на тржишту и њихових поступака, који се сусрећу

⁵¹³ Kenneth Arrow, „Gifts and Exchanges“, *Philosophy & Public Affairs* 4/1972, 343-362.

⁵¹⁴ J. M. Smits (2007), 48.

⁵¹⁵ Stefan Grundmann, „The structure of European Law“, *European Review of Private Law* 9/2001, 509.

⁵¹⁶ J. M. Smits (2007), 49.

⁵¹⁷ Fernando Gomez, „The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective“, *INDRET* 2/2008, 12

⁵¹⁸ Развој бихејвиоралне економије веже се за психологе Даниела Канемана (*Daniel Kahneman*) и Амоса Тверскија (*Amos Tversky*), те економисту Ричарда Телера (*Richard Thaler*).

⁵¹⁹ J. M. Smits (2007), 50.

с одређеним економским појавама.⁵²⁰ Према теорији (неограниченог) рационалног избора, привредни субјекти теже да максимизују своју корист на основу датог буџетског ограничења, а то ће постићи ако изаберу ону комбинацију добара која може да подмири њихове потребе и да обезбеди максималан ниво користи, при чему су емоције изузете.⁵²¹ Због тога класична економска теорија није могла да пружи прецизнија објашњења за аксиоме који упућују на деловање потрошачког ума у тренутку доношења одлуке. Бихејвиорална анализа даје одговор на нерационалне изборе субјеката на тржишту кроз фокусирање на предрасуде и когнитивне илузије (хеуристике). Бихејвиорална анализа полази од става да људи теже да одрже *status quo* и да често нису вољни да од њега одступају. Кад се просечан привредни субјект нађе у одређеној ситуацији, он ће процењивати дату ситуацију повезујући је са претходном ситуацијом, која је референтна, а која је позната њему како у погледу бенефита, тако и у погледу потешкоћа.⁵²²

У складу са овом теоријом, привредни субјекти ће вероватније изабрати правни инструмент који познају, него нови унификовани правни инструмент, због одлике да се људи осећају двоструко незадовољнији кад доживе губитак, него што се осећају задовољни кад доживе добитак.⁵²³ Ово је потврђено на примеру Бечке конвенције која се ретко примењује у пракси. У складу са тим, вероватно је да привредни субјекти неће бити много заинтересовани да плате правне савете у вези са састављањем уговора или применом меродавног права, него ће чекати све док не настане конфликт.⁵²⁴

4. Закључак

Наведеним емпиријским, економским и бихејвиоралним аргументима могу се супроставити аргументи који оповргавају тезу да унификација не унапређује трговину на јединственом тржишту Европске уније. Доле наведени аргументи оснажују потребу за кодификацијом европског трговинског права продаје, у виду опционог инструмента. Према неокласичној економској теорији, појединац ће интензивно тражити решења и одмеравати све доступне податке како би дошао до оптималног резултата, односно властите користи.⁵²⁵ Тако ће појединац одмеравати и различита правила продаје на јединственом тржишту, покушавајући да одабере сет правила чијом ће применом на уговор максимизовати своју корист. При том избору, привредни субјект наравно може да направи грешку. Међутим, поједини аутори сматрају да се могуће грешке појединца могу спречити „каналисањем“, односно подстицањем на доношење исправне одлуке. Овакав приступ се назива патернализам и означава спровођење правила и политика у циљу остваривања најбољег интереса појединца.⁵²⁶ Иако актуелност патернализама оспорава либерализам, због ограничавања слободе појединца, о кодификацији европског трговинског права продаје треба промишљати као о опционом сету правила продаје на јединственом тржишту, односно као 29. правном режиму, који ће се наметнути кроз целовита, усклађена и јасна правила продаје, креирана преваходно за продају на јединственом тржишту ЕУ, тако да су у најбољем интересу уговорних страна. Заједничко европско трговинско право продаје треба да буде подесније за продају на јединственом тржишту ЕУ од било ког националног права и Бечке конвенције. У том случају, привредни субјекти ће на почетку тежити да изаберу своје национално право као меродавно, што представља грешку, али ће кроз процес учења, који се

⁵²⁰ Magda Osman, „Behavioral Economics: Where Is It Heading?“, *Psychology* 6/2015, 1115.

⁵²¹ Милош Крстић, „Теорија рационалног избора и Бекоров модел случајног понашања“, *Мегатренд ревија* 2/2015, 45

⁵²² J. M. Smits (2007), 50.

⁵²³ *Ibid.*, 51.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ Nina Jovanović, *Bihevioralna ekonomija i ponašanje potrošača*, Zadar 2016, 9.

⁵²⁶ *Ibid.*, 9.

заснива на систему грешки и исправки, научити да примена ЕУ правила продаје максимизује њихове интересе. Неокласична економска теорија налази нарочиту потврду код уговора у привреди, јер се, код продаје између привредних субјеката, одлуке доносе правасходно на рационалној основи, док су емоције скоро изузете, за разлику од потрошачких уговора, где се одлуке често доносе на основу предрасуда и когнитивних илузија.

Усвајање уједињеног сета правила продаје на јединственом тржити ЕУ би имало далекосежне ефекте, који превазилазе пуко увођење 29. правног режима. То је много више од мењања одређених правних правила, јер одређује организацију комплетног правног поретка Европске уније, утичући на уверења, заједничке вредности и начин понашања актера правног поретка. Вероватно би увођење новог сета правила пресудно утицало на даљи развој привреде и друштва Европске уније. Чињеница да није могуће спровести прецизну и поуздану квантитативну анализу трошкова и користи плурализма националних регулатива у поређењу са кодификацијом европског трговинског права продаје, истискује ово питање из сфере економске анализе, у сферу дугорочних политичких циљева и одлучивања. Исход политичких интеграционих процеса Европске уније, пресудно ће обликовати европско трговинско право продаје, тако да ће за сваку будућу политичку одлуку, увек бити обезбеђена „одговарајућа“ економска анализа, чији ће резултати потврђивати оправданост политичке одлуке.

ТРЕЋИ ДЕО

ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

Вредносни (идејни) извори правних норми, па тако и европског трговинског права продаје, зависе од система прихваћених друштвених вредности, који одређује распоред овлашћења и обавеза у правним односима.⁵²⁷ Док материјални извори права представљају узроке који доводе до стварања права, дотле вредносни извори права одређују начин на који треба нормирати правне односе, тако да се утврди положај субјекта у правном односу, кроз прецизно дефинисање права и обавеза какве ће имати. У основи сваког правног односа је постојање супротстављених интереса, тако да се пред законодавца поставља задатак да расподели користи и оптерећења, који произлазе из таквог односа, у складу са прихваћеним друштвеним вредностима. С обзиром на то да нису све друштвене вредности једнако позициониране на лествици друштвених вредности, умеће је законодавца да направи баланс између супротстављених интереса.

Према мишљењу немачког правника Шојнера, из „хуманистичке европске правне традиције“ проистиче принцип слободе и принцип правде, као материјализација две основне вредности.⁵²⁸ Слобода као вредност схвата се као самоодређење, која проистиче из саме суштине човека, из које проистиче и вредност правде као једнакости, тј. једнаког поступања са једнаким и неједнаким поступањем с неједнаким. Уз ове вредности, вредности мира и сигурности представљају основ система прихваћених друштвених вредности.⁵²⁹ Ипак, историја правне науке показује да понекад између позитивног права и правде постоји неподударање, па чак и однос напетости. Позитивно право тежи важењу без обзира на то да ли је праведно или је неправедно.⁵³⁰

⁵²⁷ Р. Лукић, Б. Кошутић, 290.

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*

ГЛАВА I

ЗНАЧАЈ ПРИНЦИПА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ

1. Појам правних принципа

Правни принципи су се одомаћили како у националној правној теорији и пракси, тако и у оквиру европског права. Правни принципи су обавезни елементи уставних текстова и системских закона који их даље разрађују, док их појединачни законски текстови најчешће експлицитно не помињу. О појму правних принципа тешко је извести свеобухватну и општеприхваћену дефиницију, нарочито уколико се не ограничимо на једну правну област.

По нашој класичној правној теорији, правни принципи су најопштије норме правног поретка, које се односе на све остале норме тог поретка.⁵³¹ Правни принципи, као подкатегија, заједно са правним правилима, чине категорију правних норми. Управо се кроз однос према правилима одређује садржај појма правних принципа. Док се правна правила одређују као команде и императивне норме које доноси држава ради регулисања одређеног понашања, дотле принципи представљају полазну основу за настанак, али и границу значења, великог броја појединачних правила. На основу тога може се закључити да се принципи и правила разликују с обзиром на ниво општости прописане правне норме. Из тога следи да су принципи нека врста метаправила, правила о правилима, која управљају стварањем и тумачењем осталих правила у оквиру правног система.⁵³² Значај правних принципа у нашем правосудју је упитан јер судови користе правне принципе само као помоћну аргументацију у образложењу својих пресуда.⁵³³ Број пресуда Врховног касационог суда у Србији, у којима се суд уопште позива на правне принципе је веома мали.⁵³⁴

У праву Европске уније, управо је пракса Европског суда правде довела до успостављања и развоја многих принципа. У почетку, принципи су се углавном односили на уставно и управно право, али временом се развијају и принципи грађанског и уговорног права, као уже правне области. Судска пракса се развила из обавезе Европског суда правде да обезбеди поштовање права приликом тумачења и примене Основачких уговора.⁵³⁵ Појам „право“ обухвата не само примарно право, него и секундарно право, као и правне принципе. Правни принципи се налазе негде између примарних и секундарних извора, с обзиром на то да им је у судској јуриспруденцији признат уставноправни значај (*constitutional relevance*).⁵³⁶ У праву ЕУ, принципи се најчешће дефинишу као опште правне одредбе које имају највиши вредносни значај, из којих се извлаче поједина правна правила.⁵³⁷ Из тога следи да садржину појма принципа чине два конститутивна елемента; први, правне одредбе треба да буду опште, са високим степеном апстракције и уопштавања; други, правне одредбе треба да имају највиши вредносни значај, оне треба да означавају основне вредности области права или правног система као целине. Принципи могу бити изричито прописане правне норме, нпр. у уставним текстовима, повељама, системским законима, или могу бити неписане правне норме, које се изводе из одређеног броја посебних правила или произлазе из укупности правног поретка. У том смислу, принципи настају или у *индуктивном* процесу,

⁵³¹ Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 124.

⁵³² Бојан Спаић, „Како баратати правним принципима?“, истраживачки рад бр. 1/2006, Центар за правосудна истраживања, Београд, 2.

⁵³³ Јасминка Хасанбеговић, „Скица о правно-политичком значају и безначајности правних принципа за правосудје с освртом на стање у Србији“, *Правни принципи* (ур. Един Шарчевић), Сарајево 2014, 123-145.

⁵³⁴ Б. Спаић, 4, фн. 19.

⁵³⁵ УЕУ, члан 19, став 1.

⁵³⁶ Case C-101/08, *Audiolux sa v Groupe Bruxelles Lambert sa (GBL)* [2009] ECR I-09823.

⁵³⁷ Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford 2007, 1.

кад се принципи изводе из посебних правила и случајева, или у *дедуктивном* процесу кад се принципи изводе из усвојених циљева и основних вредности правног система, или *комбинацијом* ова два логичка процеса.⁵³⁸ Правни принципи имају двојаки карактер, који се огледа кроз разликовање принципа у форми модела и принципа у форми директива.⁵³⁹ Принципи-моделу су општи ставови који се извлаче из масе позитивноправних прописа и служе успостављању јединственог и непротивречног правног поретка.⁵⁴⁰ Принципи-директиве су општи ставови нормативног садржаја, који се могу примењивати на конкретан случај, тако да помажу изнајлажењу решења у поступку правног одлучивања.⁵⁴¹ Тако, принципи-моделу имају значај у сфери научне анализе и уопштавања, док принципи-директиве имају улогу у сфери примене правних норми. Ипак, правни принципи у форми директива се не могу разумевати и примењивати без правних принципа у форми модела.⁵⁴²

Према Тридимасу, који је написао фундаментално дело на ову тему, принципе у праву Европске уније можемо поделити на две категорије;

- *Принципи који се изводе из владавине права*. У ову категорију улазе принципи заштите основних права, једнакости, сразмерности, правне сигурности, заштите оправданих очекивања и права на одбрану. Особине по којима је ова категорија специфична су следеће: прво, ЕСП је извео ове принципе из основне премисе да се правни поредак ЕУ заснива на владавини права; друго, с обзиром на то да ови принципи нису изричито прописани у Оснивачким уговорима, њихов садржај се одређује на основу права држава чланица, и користи се за допуну и развој Оснивачког уговора; треће, ови принципи су настали активношћу ЕСП пре него што су изричито укључени у право ЕУ.

- *Системски принципи који су основ уставне структуре и правног система ЕУ*. У ову категорију улазе принципи који дефинишу однос између ЕУ и држава чланица (принцип примата права ЕУ, супсидијарности, кооперације, итд.), однос између институција ЕУ (принцип институционалног баланса, пренетих надлежности, итд.), као и однос према појединцима (принцип директне примене, принцип директног дејства, итд.).⁵⁴³

Ове две категорије принципа су међусобно повезане и њихов развој је био повезан и условљен, зато ову поделу не треба посматрати као неку апсолутну поделу, него је треба узети као начин за једноставније приказивање принципа. Наравно, у теорији постоје и друге поделе принципа, које су више или мање оправдане.

1.1. Однос између правних принципа и правних правила

Амерички правник Роналд Дворкин (*Ronald Dworkin*) инсистирао је на прецизном дефинисању односа између правила, принципа, политика и других стандарда понашања. Он је нарочито критиковао позитивизам због претераног фокусирања на правна правила и изостављање осталих стандарда понашања. Дворкин дефинише политике као стандарде понашања, којим се постављају економски, социјални и политички циљеви одређене заједнице.⁵⁴⁴ Принципе дефинише као стандарде понашања којих се треба придржавати из разлога правде, правичности или из неких других моралних разлога.⁵⁴⁵ Придржавање принципа произлази из вредносног значаја самог принципа као таквог, а не из чињенице да би придржавање принципа допринело остварењу циљева постављених у политикама.

⁵³⁸ *Ibid.*, 2.

⁵³⁹ Един Шарчевић, „Интегрални и сумативни приступ правним принципима“, *Правни принципи* (ур. Един Шарчевић), Сарајево 2014, 8-10.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, 8.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² Е. Шарчевић, 8.

⁵⁴³ Т. Tridimas, 4.

⁵⁴⁴ Ronald Dworkin, “The model of rules”, *The University of Chicago Law Review* 35:14/1967, 23.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

Карактеристика принципа је да су оптимизационе команде.⁵⁴⁶ Правна правила су стандарди понашања који се примењују према моделу све или ништа.⁵⁴⁷ У смислу правила одређено поступање је законито или незаконито. За разлику од принципа, основна особина правила је да су дефинитивне команде.⁵⁴⁸

Разликовање између принципа и правила је сликовито приказано у случају *Riggs v. Palmer*, у коме се поставило питање да ли наследник по тестаменту, који је пуноважан, има право да прими наследство, иако је извршио убиство оставиоца. У том случају суд је закључио да „право, као и уговори, могу бити контролисани од стране основних и општих принципа правног система“, тако да је наследник лишен наследства из разлога правичности.⁵⁴⁹ Разлика између принципа и правила није у нивоу општости, него је суштинска. Принципи, за разлику од правила, не прописују услове за своју примену, они нису дефинитивне команде, самим тим они не могу послужити да се утврди да ли одређено право постоји или не постоји.⁵⁵⁰ Ипак, њих се суд има придржавати у одлучивању у одређеном случају. С друге стране, правила немају вредносни значај који принципи имају. Из тога произлази да ће у случају конфликта два правила доћи до примене само једног од њих по моделу све или ништа. С друге стране, вредносни значај принципа налаже да се конфликт између два принципа реши *балансирањем*, тј. „вагањем“ који од два принципа, у конкретном случају, има већи вредносни значај.

Начин примене и решавање конфликта додатно је развио правник Роберт Алекси (*Robert Alexy*). Полазећи од основне премисе да су принципи оптимизационе команде, он закључује да се принципи остварују у највећој мери с обзиром на правне и фактичке могућности.⁵⁵¹ Мера остварења принципа, услед правних (не)могућности, односи се на постојање других принципа или правила, са којима принцип долази у конфликт. У том случају конфликта принципа не долази до поништавања једног принципа, нити се један принцип тумачи као изузетак другог, него се приступа балансирању, као основном моделу примене принципа.⁵⁵² Балансирање принципа заснива се на пропорционалности која се огледа у идеји да што је већи степен неостварења или оштећења једног принципа, то већи мора бити значај остварења другог принципа.⁵⁵³

Уколико се правна (не)могућност примене принципа огледа у колизији са другим правилом, онда се не врши процена да ли је принцип важнији од правила, него се приступа процени значаја конкретног принципа и значаја принципа на којем је правило засновано. Како се колизија између принципа и правила не би, у суштини, свела на однос између два принципа, при процени се узима у обзир и принцип важења правних правила, који дозвољава, само у изузетним случајевима, да се конфликт реши у корист принципа који није конкретизован правилом.⁵⁵⁴ Осим овога, постоје изузетни случајеви када се у самом правилу наводи да правило има приоритет примене у случају колизије са неким принципом.

С друге стране, модел примене правила се заснива на супсумцији. С обзиром на то да су правила дефинитивне команде, ако су испуњене претпоставке правила, њиме се на дефинитиван начин прописује одређено понашање. У случају колизије између два правила могућа су два решења; према првом, једно правило се поништава у корист другог применом правила тумачења (нпр. *lex specialis derogat legi generali*, *lex prior derogat legi posteriori* или системски закон дерогира обичан закон); према другом, једно правило се примењује као изузетак на друго, с тим да оба правила остају на снази.⁵⁵⁵

⁵⁴⁶ Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus* 22/2014, 52.

⁵⁴⁷ R. Dworkin, 25.

⁵⁴⁸ R. Alexy, 52.

⁵⁴⁹ R. Dworkin, 23, фн. 9.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, 27.

⁵⁵¹ R. Alexy, 52.

⁵⁵² Б. Спаић, 9.

⁵⁵³ R. Alexy, 54.

⁵⁵⁴ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002.

⁵⁵⁵ Б. Спаић, 9.

Анализа пропорционалности, као основни метод расуђивања у случају колизије између принципа или правила, усвојен је у пракси највиших националних и међународних судова. Анализу пропорционалности примењује и Уставни суд Србије, упркос сиромашној теоријској разради и непостојању традиције размишљања о уставним правима као о принципима у смислу команди оптимизације.⁵⁵⁶ Значај анализе пропорционалности нарочито је ојачао кроз пресуде Европског суда за људска права у вези са применом Европске конвенције за људска права. Таква пракса је преузета и од стране Европског суда правде приликом тумачења права из Повеље о основним правима ЕУ. Повеља на експлицитан начин потврђује принцип пропорционалности, утврђујући да се „ограничења могу утврђивати само када су неопходна и када стварно одговарају циљу општег интереса који признаје Унија или су потребна ради заштите права и слобода других“.⁵⁵⁷

1.2. Значај правних принципа

Правни принципи имају вишеструки значај. Прво, примењују се приликом тумачења права ЕУ; друго, примењују се приликом попуњавања правних празнина; треће, врше корективну функцију приликом оцене законитости правних аката; четврто, представљају правни основ за вануговорну одговорност.

Значај принципа у тумачењу права ЕУ се огледа у обавези да се појединачне правне одредбе тумаче на такав начин да буду у што већој мери сагласне са Оснивачким уговорима и принципима.⁵⁵⁸ Поставља се питање границе усклађеног тумачења правних норми. Неспорно је да суд нема право да тумачи одредбе *contra legem*,⁵⁵⁹ већ је потребно да језичко значење термина даје могућност да се одредба може тумачити на начин који је у складу са принципима. Граница коју је могуће достићи усклађеним тумачењем одредби, одређена је у случајевима *Mulder I* и *Von Deetzen*, када је Европски суд правде заузео становиште да одредбу о загарантованим квотама за млеко није могуће тумачити на такав начин да гарантују квоте за млеко произвођачу који се вратио на тржиште, пошто је почео поново да ради након периода обустављања производње.⁵⁶⁰ Ипак, Европски суд правде је узео у обзир корективни значај принципа и закључио да је одредба ништавна јер крши принцип заштите оправданог очекивања.

Попуњавање правних празнина, као овлашћење за стварање нових правила у складу са принципима, није Оснивачким уговорима експлицитно додељено Европском суду правде. Међутим, Суд правде ЕУ је основ за попуњавање правних празнина нашао у повереном задатку да и у тим ситуацијама „обезбеди поштовање закона“, тако што ће креирати правило које ће бити примењено на конкретан случај.⁵⁶¹ Иако у теоријском смислу тумачење и попуњавање правних празнина представљају два различита начина коришћења принципа, у пракси се ови начини преплићу и тешко их је одвојити. Зато се често попуњавање правних празнина подводи под појам тумачења у ширем смислу, тзв. креативно тумачење.⁵⁶²

Корективни значај принципа испољава се при оцени законитости правних аката.⁵⁶³ Државе чланице и појединци могу се позивати на принципе, у поступку оцене законитости секундарног законодавства и других правних аката и мера које спроводе институције ЕУ, у складу са члановима 263, 267, 270, 277 УФЕУ. Осим тога, заинтересовани субјекти,

⁵⁵⁶ *Ibid.*, 13.

⁵⁵⁷ Повеља о основним правима ЕУ из 2007. године – *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2007/C 303/01, 14.12.2007, члан 52, став 1.

⁵⁵⁸ Case C- 218/82, *Commission v Council* [1983] ECR 4063, para. 15.

⁵⁵⁹ Case C-37/89, *Michel Weiser v Caisse Nationale des Barreaux Francais* [1990] ECR I-2395, para. 2415.

⁵⁶⁰ Case C-120/86, *Mulder v Minister van Landbouw en Visserij* [1988] ECR 2321; Case 170/86, *Von Deetzen v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1988] ECR 2355.

⁵⁶¹ Р. Вукадиновић (2014), 114.

⁵⁶² Judgment in Joined Cases C-581/10, *Nelson and Others v Deutsche Lufthansa AG* and C-629/10, *TUI Travel and Others v Civil Aviation Authority*, Press release No. 135/12.

⁵⁶³ Повеља о основним правима ЕУ, члан 52, став 5.

позивајући се на принципе, могу тражити оцену законитости и правних аката донетих од стране државе чланице приликом имплементирања права ЕУ. Суд је потврдио у више случајева⁵⁶⁴ да принципи ЕУ могу укинути национална правила у случају спора између приватних субјеката.⁵⁶⁵

На крају, принципи представљају и основ за вануговорну одговорност органа ЕУ у случајевима повреде принципа једнаког третмана, заштите оправданог очекивања, пропорционалности или основних људских права.⁵⁶⁶ Такође, принципи представљају основ за вануговорну одговорност држава чланица у случају да су их прекршиле приликом усвајања или спровођења имплементирајућих мера.⁵⁶⁷

1.3. Формализација принципа европског уговорног права

У циљу представљања етапа у формализацији принципа европског уговорног права, одредићемо положај принципа у примарним изворима права ЕУ, секундарним изворима, као и правно необавезујућим инструментима. Вишеслојност правног система Европске уније увелико је утицала на одабир и дефинисање принципа за различите нивое те структуре, полазећи од најфундаменталнијих принципа, који чине срж правног система, до принципа намењених ужим правним областима.

У Преамбули Уговора о Европској унији потврђује се приврженост принципима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода и владавине права. Принципи прокламовани у Преамбули, добијају своје јасно објашњење у даљем тексту Уговора о Европској унији, где се изричито прописује да принципе права ЕУ чине основна права гарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, као и права која произлазе из заједничких уставних традиција држава чланица.⁵⁶⁸ Одређивање принципа као права из Европске конвенције из 1950. године и права из заједничких уставних традиција држава чланица, има за циљ да нагласи постојање ових принципа и пре настанка Европске уније, тако да ови принципи представљају границу до које органи ЕУ могу да врше законодавну и судску активност. Принципи се постављају као природна права, супротстављена позитивном праву као изразу воље европског законодавца. Повеља о основним правима ЕУ даље разрађује концепт принципа прописујући да одредбе ове повеље које садрже принципе, могу да се спроводе законодавним и извршним актима институција, органа, служби и агенција Уније, као и актима држава чланица за спровођење права Уније, у вршењу њихових овлашћења.⁵⁶⁹

За разлику од извора примарног права која, углавном, усвајају принципе за заштиту људских права и основних слобода, извори секундарног права, углавном, усвајају правила, а ређе принципе, у вези са уговорним правом. Као изузетак служе директиве о непоштеној пословној пракси и о непоштеним условима потрошачких уговора које уводе „принцип“ поштеног пословања (*fair dealing*) и добре вере (*good faith*). Како су одредбе о доброј вери коришћене у циљу остварења политике заштите потрошача, а одредбе о поштеном пословању у вези са заштитом конкуренције и тржишних слобода, оне немају карактер принципа јер су ограничене на остварење одређених политика. Тако се најчешће означавају као правила или „генералне одредбе“.⁵⁷⁰

Ситуација је другачија код предлога Уредбе о заједничком европском праву продаје (ЗЕПП), који изричито прописује своје „генералне принципе“ ограничавајући се на принципе

⁵⁶⁴ Case C-144/04, *Mangold*, [2005] ECR I-9981; Case C-555/07, *Kücükdeveci* [2010] ECR I-365.

⁵⁶⁵ M. Hesselink, „The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy“, *CSECL* 14/2011, 19.

⁵⁶⁶ T. Tridimas, 35.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ УЕУ, члан 6, став 3.

⁵⁶⁹ Повеља о основним правима ЕУ, члан 52, став 4.

⁵⁷⁰ Yehuda Adar, Pietro Sirena, „Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law“, *Rules and Principles in European Contract Law* (eds. Jacobien Rutgers, Pietro Sirena), Cambridge – Antwerp – Portland 2015, 28.

слободе уговорања (*Freedom of contract*), добре вере и поштења (*Good faith and fair dealing*), сарадње (*Co-operation*). Ови принципи нису ограничени на остварење појединачних циљева одређене европске политике, него представљају централне правне стандарде из којих се изводе појединачна правна правила. Њихов значај је потврђен и кроз правила о тумачењу која изричито прописују да се одредбе ЗЕПП имају тумачити аутономно и у сагласности са његовим циљем и принципима.⁵⁷¹

Принципи европског уговорног права (ПЕУП), као правно необавезујући инструмент, прописују да ће се принципи примењивати као „општа правила“ на уговорно право у ЕУ.⁵⁷² Тиме се концепт принципа и правила приближава, и доводи у питање да ли одредбе из ПЕУП имају карактер принципа. Слична је ситуација и код Нацрта заједничког појмовног оквира (НЗПО) који појам принципа означава као „правила која немају снагу закона“.⁵⁷³ Ипак, НЗПО изричито прописује принципе слободе, сигурности, правде и ефикасности као *overriding principles*.

⁵⁷¹ ЗЕПП, члан 4, став 1.

⁵⁷² ПЕУП, члан 1, став 101, параграф 1.

⁵⁷³ C. von Bar *et al.* (eds.), 9.

ГЛАВА II

ПРИНЦИП СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА

1. Појам слободе уговарања

Принцип слободе уговарања настао је из доктрине аутономије воље, која се развила у условима економског и друштвеног либерализма XIX века. Развој либералног капитализма нужно је водио афирмацији начела облигационог права, која обезбеђују несметано функционисање тржишта. Принцип слободе уговарања је уграђен у све европске грађанске кодификације. Према доктрини аутономије воље, права и обавезе настају на основу слободно изражене воље. Обавезна снага правних послова заснива се на вољи, а не на закону. Воља појединца је аутономна, и она је изнад закона, тако да воља може да дерогира прописе, осим оних који се тичу јавног поретка. Сагласношћу воља настаје уговор који везује стране уговорнице као закон. Уговорне стране су позване да потпуно самостално стварају и регулишу своје имовинскоправне односе. Значај који је придаван принципу слободе уговарања био је различит у појединим историјским периодима и правно-политичким системима.

У основи правног посла лежи правно релевантна воља, која, да би произвела жељено дејство, мора да буде изјављена. Код настанка уговора, лице које изјављује вољу мора да буде свесно значаја и последица оног што жели да учини и да има намеру да дође до закључења уговора (*animus contrahendi*). Изјављена воља, поред свести и намере, мора да буде озбиљна, стварна и слободна.⁵⁷⁴ Особина воље да је озбиљна подразумева да уговор не може настати на основу прости жеље или шале неког лица, док се под особином воље да је стварна подразумева да није реч о симулованој, привидној изјави. Воља мора бити слободна, а то значи да изјавилац не сме бити жртва принуде, преваре или заблуде.⁵⁷⁵ Правни систем усваја обориву претпоставку о сагласности унутрашње воље и изјаве, подразумевајући постојање склада између унутрашњег акта воље и њене спољашње материјализације. У случајевима неподударања између воље и изјаве, говори се о „манама воље“ или „недостацима воље“, које, с обзиром на врсту и степен, изазивају различите практичне последице.

У формалном смислу, слобода уговарања је постигнута ако су изјаве сауговарања без мана воље, односно ако су слободно донесене. Међутим, да би се остварила суштинска слобода уговарања неопходно је да сауговарачи заиста имају могућност одлучивања. Формална једнокост уговорних партнера није довољна да осигура остварење слободе уговарања и страначке аутономије.⁵⁷⁶ Зато је европски законодавац настојао да подигне квалитет процеса одлучивања, усвајањем низа прописа, а између осталог и кроз дужност информисања друге стране о битним елементима који су неопходни за рационално одлучивање. По правилу, произвођач или продавац су обавезни да купцу пруже све потребне информације о производу или услузи коју нуде, и то већ у фази оглашавања производа и преговарања. Дужност информисања на страни продавца, иако у формалном смислу ограничава његову слободу, ипак ојачава слободу уговарања у суштинском смислу, јер једино тако купац долази у позицију да, узимајући у обзир све релевантне информације, донесе одлуку, да ли жели да закључи уговор, с ким, под којим условима, под којим правом и јурисдикцијом. Законодавац не утиче на одлуку уговорних партнера, него ствара услове за

⁵⁷⁴ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 253.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ Salvatore Patti, „Contractual autonomy and european private law“, *Rules and Principles in European Contract Law* (eds. Jacobien Rutgers, Pietro Sirena), Cambridge – Antwerp – Portland 2015, 125.

доношење „информисане одлуке“.⁵⁷⁷ С обзиром на то да једном постигнута сагласност воља, обавезује уговорне стране као закон, неопходно је обезбедити да оба уговорна партнера имају доступне све релевантне информације.

У уговорном праву Европске уније, слобода уговарања се манифестује у пет могућности. Прво, уговорати или не уговорати; друго, изабрати с ким уговорати; треће, одредити слободно, у сагласности са другом страном, врсту, садржину и форму правних послова; четврто, изабрати слободно меродавно право, код уговора са елементом иностраности; пето, слободно одредити надлежни суд у случају спора. Уз основно право да одлуче да ли ће уопште уговорати и с ким ће уговорати, субјектима права гарантована је и слобода у погледу врсте правних послова, тако да они могу заснивати не само именоване правне послове, већ и било које друге правне послове које закон није посебно регулисао. У погледу садржине правних послова, уколико она није одређена императивним нормама, субјектима права је гарантована слобода да одреде каква све дејства треба да производи правни посао и која све права и дужности проистичу из њега. Такође, принцип слободе уговарања даје субјектима права да могу заснивати правне послове, по правилу, у било којој форми, осим када закон прописује посебну форму за њихово закључење. У уговорима са елементом иностраности, што је чест случај у оквиру јединственог европског тржишта, уговорне стране су слободне да одреде меродавно право, тако што ће изабрати право државе уобичајеног боравишта једне уговорне стране, право треће државе, недржавно право или међународну конвенцију.⁵⁷⁸ Такође, уговорним странама је гарантовано да слободно одређују суд који ће бити надлежан за спорове који настану.⁵⁷⁹

Принцип слободе уговарања има позитивне и негативне аспекте на процес уговарања. Позитивни аспекти се конкретизују кроз право субјекта да слободно одлучи с ким ће преговарати и евентуално закључити уговор, као и право да, у договору са другом страном, одреди садржину уговора. Негативни аспекти се испољавају, као прво, кроз немогућност прописивања обавезе субјекту права да закључи уговор, што је био случај у планским привредама; друго, уговорне стране су овлашћене да искључе надлежност суда и примену права домицилне државе; треће, садржај уговора не може бити прописан од стране државе нити трећег лица.⁵⁸⁰ Након закључења уговора, обавеза уговорне стране да поступа у складу са уговором или да надокнади штету насталу повредом уговора, произлази из логике самог уговора којим су уговорне стране хтеле да буду везане. Начело *pacta sunt servanda* није наредба императивних норми правног система, него реализација слободне воље уговорних страна, што је и потврђено у случајевима *Societe thermale* и *VZ Hamburg/O2*.⁵⁸¹ Према теорији аутономије воље, сама воља је извор и мера права и обавеза за личности које су је изјавили, тако да свака обавеза мора бити заснована на вољи и легитимна је само под тим условима.⁵⁸²

Примарни извори права Европске уније не садрже изричите гаранције за принцип слободе уговарања, али се принцип може извести из духа правног система, што је потврдио Суд правде ЕУ у својим пресудама.⁵⁸³ Правни систем Европске уније није целовит и заокружен правни систем, него се наслања на правне системе држава чланица. Како је у

⁵⁷⁷ Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin 2001, 367.

⁵⁷⁸ Рим I, члан 3.

⁵⁷⁹ Уредба о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима из 2001. године – *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 12, 16.1.2001 (даље у фуснотама: Уредба *Брусел I*), чл. 23.

⁵⁸⁰ Norbert Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge 2014, 19.

⁵⁸¹ Case C-277/05, *Societe thermal d'Eugenie-les-Bains v Ministere de l'Economie, des Francaes et de l'Industrie* [2007] ECR I – 6428, para 24; Case C-19/03, *VY HH v O2* [2004] ECR I – 8183, para. 54.

⁵⁸² Марко Ђурђевић, Драган Павић, „О условљеној и усмереној слободи уговарања привредних субјеката“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2016, 89.

⁵⁸³ Case C-240/97, *Spain v European Commission* [1999] E.C.R. I-6571 at para. 99 (common agricultural policy); Case C-277/05, *Societe thermale d'Eugenie-les-Bains v Ministere de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* [2007] E.C.R. I-6415 at paras 21, 24, 28 and 49 (V.A.T.).

основи сваког либералног правног система држава чланица признато право слободе уговарања, а узимајући у обзир и члан 3(3) УЕУ који одређује да јединствено тржиште почива на „високо конкурентној социјалној тржишној привреди“, која не може да постоји без слободе уговарања, очигледно је да постојање овог принципа произлази из заједничке правне традиције држава чланица и основа привредног система ЕУ. Европска повеља основних права не гарантује изричито слободу уговора, али гарантује „слободу окупљања и удруживања“,⁵⁸⁴ „слободу избора занимања и право на рад“,⁵⁸⁵ „слободу пословања“,⁵⁸⁶ „право на имовину“.⁵⁸⁷ Ове слободе представљају форме манифестације слободе уговарања у различитим сферама привредне активности. Тако, на пример, право на имовину гарантује да свако има право да држи законито стечену имовину, да је користи, да располаже њоме или да је завешта. Очигледно је да реализација овог права не би била могућа без института уговора и слободе уговарања.⁵⁸⁸

Слобода уговарања није изричито загарантована ни у Принципима европског уговорног права, док је Нацрт заједничког појмовног оквира признаје као „општи принцип“, који је ограничен принципима добре вере и поштења и другим императивним нормама. Предлог Уредбе заједничког европског права продаје одређује принцип слободе уговарања као један од три основна принципа. Право Европске уније, с једне стране, гарантује постојање принципа слободе уговора, а, с друге стране, ограничава његову примену принципима који имају једнак или већи вредносни значај за Европску унију. Најзначајнија ограничења принципа слободе уговарања огледају се у принципу заштите конкуренције, заштите слабије стране из потрошачких и радних уговора, као и супротстављању дискриминацији у грађанскоправним односима.

2. Основне слободе јединственог тржишта и слобода уговарања

Идеја да је слобода уговарања загарантована кроз основне слободе⁵⁸⁹ лежи у перцепцији Оснивачког уговора као „економског устава“, који је карактерисан слободом кретања робе, услуга, људи и капитала, несметане конкуренције и принципом недискриминације.⁵⁹⁰ Концепт „економског устава“ развијен је у Немачкој као реакција на Вајмарску Немачку и нацистички период, под утицајем ордолибералне теорије, која се залагала да држава регулише тржиште у што је могуће мањој мери.⁵⁹¹ Према овом концепту, „економски устав“ гарантовао би субјектима економска права, која не би могла бити мењана политичком вољом одређених интересних група. Економски устав треба да гарантује економска права и слободе, исто као што политички устав гарантује грађанска права и слободе.

Једна од основних одредби европског „економског устава“ је слобода кретања робе унутар јединственог тржишта, загарантована чланом 34 УФЕУ. Иако Уговор о функционисању ЕУ не спомиње слободу уговарања ни на једном месту, она ипак произлази из слободе кретања робе, као њен предуслов, јер није могуће постићи слободу кретања робе ако привредни субјекти немају слободу да изаберу уговорну страну у другој држави чланици, преговарају о условима уговора, одреде меродавно право и надлежни форум у случају спора.

⁵⁸⁴ Повеља о основним правима ЕУ, члан 12.

⁵⁸⁵ Повеља о основним правима ЕУ, члан 15.

⁵⁸⁶ Повеља о основним правима ЕУ, члан 16.

⁵⁸⁷ Повеља о основним правима ЕУ, члан 17.

⁵⁸⁸ N. Reich, 29.

⁵⁸⁹ Вид. Harm Schepel, “Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law”, *European Review of Private Law* 5-6/2013, 1211-1230.

⁵⁹⁰ Stefan Grundmann, „The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law“, *European Review of Private Law* 9/2008, 560.

⁵⁹¹ Jacobien W. Rutgers, „The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR”, *ERCL* 2/2009, 98.

Право Европске уније забрањује само неразумна ограничења слободе уговора, ако та ограничења угрожавају несметано функционисање јединственог тржишта. С друге стране, право Европске уније не регулише слободу уговарања у случајевима који имају искључиво националну димензију, без последица по функционисање унутрашњег тржишта. Тако је Суд правде ЕУ у случају *Libro*, који се односи на одредбу аустријског права да увозник мора да породаје књиге по цени по којој се продају у земљи издавања, нашао да је дошло до кршења слободе промета робе и слободе уговарања.⁵⁹² У случају *Alsthom*, који се односи на француска правила продаје, која прописују строжу одговорност продавца за дефекте робе у ланцу дистрибуције, Суд правде ЕУ је заузео став да није дошло до кршења члана 34 УФЕУ јер су стране, у међународним комерцијалним (*B2B*) уговорима о продаји робе, слободне да изаберу меродавно право и тако избегну француско право које прописује строжу одговорност.⁵⁹³ У случају кад држава чланица пропише императивне норме, онда уговорне стране немају могућност да избегну њихову примену, тако да би Суд правде ЕУ био позван да оцењује њихову усклађеност са чланом 34 УФЕУ.

Слобода пружања услуга је још ближе повезана са слободом уговарања јер се услови и садржај услуге најчешће детаљно дефинишу у уговору. Право ЕУ гарантује слободу пружања услуга под условом да се ради о теретним уговорима.⁵⁹⁴ Слобода пружања услуга није гарантована само као средство у обезбеђивању несметаног функционисања јединственог тржишта, него и као субјективно право привредних субјеката да уживају слободу уговарања.⁵⁹⁵ Због тога Суд правде ЕУ није оклевао да класификује органичења слободе уговарања као ограничења слободе пружања услуга.⁵⁹⁶

Слобода плаћања, као један од аспеката слободе кретања капитала, призната је од стране Суда правде ЕУ у раној фази развоја права Европске уније, као предуслов за реализацију слободе кретања робе и услуга.⁵⁹⁷ Ако је једна страна слободна да понуди робу или услуге, онда друга страна не само да мора бити слободна да прихвати или не прихвати понуду, него мора бити у могућности да изврши плаћање договорене цене, уколико прихвати понуду. Због тога националне одредбе које ограничавају слободан проток плаћања представљају повреду основних слобода. Директно дејство слободе кретања капитала признато је тек Мастрихтским уговором, а касније потврђено у члану 63 УФЕУ. Тиме се гарантује слобода куповине и продаје непокретности у било којој држави чланици, осим ако су изузеци посебно дозвољени на основу Уговора. Тако у већини Уговора о приступању ЕУ стоји ограничење стицања пољопривредног земљишта у корист искључиво држављана те земље.⁵⁹⁸

Слобода кретања лица углавном се односи на уговоре радног права, али се примена ове слободе проширује и на пратеће уговоре који се односе на смештај, одржавање, образовање и слично.⁵⁹⁹ Када национално радно право прописује познавање језика као услов за заснивање радног односа, није у складу са слободама гарантованим правом Европске уније, да као доказ признаје сертификат о познавању језика који је издат, искључиво, од стране установа акредитованих у тој земљи.⁶⁰⁰ Тако, основне слободе промета проширују значај слободе уговарања изван националних граница.

3. Органичења слободе уговарања

⁵⁹² Case C-531/07, *Fachverband der Buch und Medienwirtschaft v LBRO handelsgesellschaft* [2009] ECR I-3717.

⁵⁹³ Case C-339/89, *Alsthom Atlantique v Compagnie de construction mecanique Sulyer SA* [1991] ECR I-107, para 17.

⁵⁹⁴ Case C 150/90, *The Society for the Protection of the Unborn Children v Grogan* [1991] ECR I – 4685.

⁵⁹⁵ N. Reich, 23.

⁵⁹⁶ Case C-518/06 *Commission v Italy* [2009] ECR I-3491, para. 66.

⁵⁹⁷ Cases 26 and 286/83 *Luisi and Carbone v Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.

⁵⁹⁸ N. Reich, 24.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano*, [2000] ECR I- 4139.

Слобода уговарања, у модерном европском праву, заснива се на два различита приступа о суштини и ефектима овог принципа. С једне стране, према „тржишном приступу“, слобода уговарања представља економски принцип, на коме се заснива функционисање отвореног тржишта, пре свега, кроз употребу уговора. С друге стране, према „волунтаристичком приступу“, ⁶⁰¹ слобода уговора представља морални принцип, на коме се заснива обавезност уговора, као сагласност изјављених воља уговорних страна. ⁶⁰² Однос између ова два приступа, у праву Европске уније и праву држава чланица, није фиксиран, него је променљив и зависи од предмета регулисања и правне традиције државе чланице. Питање избора једног од два приступа, није само теоријско, него је веома практично, јер у примени доводи до различитих правних решења.

На пример, у погледу последица мана воље, енглеско право прописује да неће доћи до поништења уговора ако мана воље постоји код једне уговорне стране, а у случају да мана воље постоји код обе уговорне стране, онда ће доћи до поништења уговора само у изузетним случајевима. Оправдање за овакав став судови проналазе у неопходности постојања правне сигурности и оправданих очекивања из уговора. Насупрот томе, француско право приоритет даје стварној вољи уговорних страна, тако да се судови не устручавају да пониште уговор у случају мана воље. ⁶⁰³ Необавезујући европски пројекти кодификације и хармонизације покушавају да помире енглески и немачки приступ овом питању. С једне стране, Нацрт заједничког појмовног оквира (НЗПО) изричито говори о страначкој аутономији (*party autonomy*) прописујући да:

Стране су слободне да закључе уговор или други правни посао и да одреде садржину уговора, у складу са начелом добре вере и поштења и другим императивним правилима која се примењују. ⁶⁰⁴

С друге стране, предлог Уредбе Заједничког европског права продаје, говори о слободи уговарања (*freedom of contract*) и одређује је као један од три „општа принципа“. ⁶⁰⁵ Употреба термина страначка аутономија (*party autonomy*) експлицитно упућује на концепт усвојен у немачком праву, док се термин слобода уговарања (*freedom of contract*) повезује са енглеским приступом. Иако предлог Уредбе заједничког европског права продаје у законодавном тексту усваја термин слобода уговарања, (*freedom of contract*), ЗЕПП покушава да помири два различита схватања о слободи уговарања, ⁶⁰⁶ прописујући у истој одредби да „слобода уговарања (*freedom of contract*) треба да буде водећи принцип заједничког европског права продаје. Страначка аутономија (*party autonomy*) треба да буде ограничена само онда и у мери у којој је то неизбежно“. ⁶⁰⁷

Тензије између ова два приступа постоје и у европском колизионном праву. Тако, рецитал 6 Уредбе *Рим I* наглашава потребу усвајања јединствених колизионих норми у вези са одређивањем меродавног права, како би се обезбедило несметано функционисање унутрашњег тржишта, док рецитал 11 Уредбе *Рим I* говори да принцип слободе уговорних страна да изабере меродавно право треба да буде темељ система колизионих норми у уговорним односима. Слична дихотомија постоји и код Уредбе *Рим II* ⁶⁰⁸ и Уредбе *Брисел I*. ⁶⁰⁹ Материјализација „волунтаристичког приступа“ огледа се у члану 3 (1) Уредбе *Рим I* који прописује да се „на уговор примењује право које су странке изабрале“. У прилог

⁶⁰¹ „Волунтаристички приступ“ има своје корене у учењима Канта и Русоа.

⁶⁰² Simon Whittaker, „The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract“, *European Review of Contract Law* 7/2011, 372.

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ НЗПО, члан II. – 1:102.

⁶⁰⁵ ЗЕПП, члан 1.

⁶⁰⁶ S. Whittaker, K. Riesenhuber, 141.

⁶⁰⁷ ЗЕПП, рецитал 30.

⁶⁰⁸ Уредба о праву које се примењује на вануговорне обавезе из 2007. године – *Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*, *OJ L* 199, 31.7.2007 (даље у фуснотама: Уредба *Рим II*), рецитал 6.

⁶⁰⁹ Уредба *Брисел I*, члан 23.

слободе уговарања као тачке везивања говоре практични разлози попут краћег парничног поступка, веће правне сигурности у трговинском праву и прикладнијег права за случајеве са посебним околностима које унапред дефинисане генералне колизионе нормe не могу предвидети.⁶¹⁰

Уредба *Рим I* прописује најширу слободу у погледу начина и времена избора меродавног права, тиме што је осигурано да избор меродавног права неће бити оспорен из формалних разлога,⁶¹¹ и тиме што дозвољава избор права у било које време и могућност промене већ изабраног права.⁶¹² Осим тога, Уредба *Рим I* допушта могућност избора више меродавних права на један правни однос истовремено.⁶¹³ Ипак, ЕКП садржи одређена ограничења слободе уговарања због разлога економске ефикасности. Тако, у случајевима који немају елемент иностраности, дејство изабраног страног права је ограничено евентуалним принудним прописима државе у којој се налазе сви елементи случаја.⁶¹⁴

Вођена истом логиком, Европска унија је осигурала примену својих принудних прописа, кад се сви елементи случаја налазе на територији ЕУ, а уговорне стране изаберу примену права државе нечланице.⁶¹⁵ Сасвим је разумљива оваква одредба, која не допушта уговорним странама да у конкретном уговору „пониште“ достигнућа Европске уније на пољу хармонизације и кодификације материјалног права на нивоу Европске уније, а нарочито у области потрошачког и радног права где су императивни прописи најчешћи. Исто тако, европски законодавац је искључио страначку слободу у погледу избора недржавног права⁶¹⁶ као меродавног, али је оставио могућност да у свом уговору укажу на недржавну регулацију или међународни уговор.⁶¹⁷ Овим се дозвољава материјалноправна аутономија, али не и колизионоправна аутономија, тако да изабрано недржавно право постаје део уговора и не дерогира императивне прописе меродавног права.⁶¹⁸ Ово ограничење се неће примењивати на опционе правне инструменте које ће институције ЕУ евентуално усвојити, као што је Заједнички појмовни оквир или заједничко европско право продаје, јер се тим инструментима може предвидети слобода уговорних страна да изаберу хоће ли користити та правила у својим уговорним односима.⁶¹⁹

Такође, принцип слободе уговарања је ограничен кад меродавно право споразумно одређују неравноправне стране. Неравноправност се огледа у лошијој преговарачкој позицији једне уговорне стране, узроковане нпр. економском надмоћи или значајно већим искуством друге стране, као што је случај у потрошачким или радним уговорима.⁶²⁰ Немогућност осигурања слободне воље приликом избора меродавног права, тиме што мање искуство и знање једну страну доводи у неравноправан положај, ствара нужност заштите потрошача и радника путем института националних императивних норми.⁶²¹ Избор меродавног права које ће се примењивати на потрошачке или радне уговоре, не сме да води до права државе чланице које им пружа мању заштиту, него што то чине принудни прописи меродавног права утврђеног на основу објективних тачака везивања.⁶²² Доследном применом ових прописа, у случају да се изабрано право покаже као неповољније, долази до примене императивних прописа објективно утврђеног меродавног прописа у оном делу у којем је изабрано право неповољније, док изабрано право наставља да се примењује на остатак

⁶¹⁰ Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, *Међународно приватно право*, Нови Сад 2005, 364.

⁶¹¹ Уредба *Рим I*, члан 11.

⁶¹² Уредба *Рим I*, члан 3, став 2.

⁶¹³ Уредба *Рим I*, члан 3, став 1.

⁶¹⁴ Уредба *Рим I*, члан 3, став 3.

⁶¹⁵ Уредба *Рим I*, члан 3, став 4.

⁶¹⁶ На пример, *UNIDROIT* принципи, Ландова начела, *lex mercatoria*, итд.

⁶¹⁷ Уредба *Рим I*, рецитал 13.

⁶¹⁸ Златан Мешкић, „Ограничење страначке аутономије у европском колизионом праву“, *Ревизија за европско право XIV/2012*, 14.

⁶¹⁹ Уредба *Рим I*, рецитал 14.

⁶²⁰ З. Мешкић (2012), 18.

⁶²¹ Уредба *Рим I*, члан 6, став 1 и члан 8, став 2.

⁶²² З. Мешкић (2012), 20.

уговора. Међутим, национални судови скоро никада не врше овакву примену права, јер би била превише компликована, него теже да прогласе ништавим избор меродавног права и да примене право редовног боравишта потрошача, односно место извршења обавезе радника. Веома су ретки примери у којима слабија уговорна страна успе да обезбеди примену повољнијег меродавног права, тако да се ова одредба ЕКП у пракси своди на примену права утврђеног на основу објективних тачака везивања.

Граница слободе уговарања се протеже до односа који су уређени правилима прописаним јавним поретком државе,⁶²³ или превладавајућим обавезним одредбама права државе пред чијим се судом води поступак.⁶²⁴ Из свега горе наведеног, може се извести закључак да концепт слободе уговарања који је постављен у европском колизионном праву, а нарочито у Уредби *Рим I*, даје уговорним странама широк простор за договор.

4. Однос између слободе уговарања и заштите конкуренције

Према теорији ордолиберализма, привредни поредак чине конститутивни фактори и регулативни принципи. Конститутивни фактори изграђују правни поредак као дугорочни оквир за привредне активности, док регулативни принципи описују неопходност интервенција у циљу несметаног функционисања конститутивног поретка и остварења оптималних резултата за друштво.⁶²⁵ Као конститутивне факторе социјалне тржишне привреде Фрајбуршка група одредила је следеће принципе: механизам тржишних цена, строга монетарна политика, отворено тржиште, примат приватне својине над државном својином, слобода уговарања, одговорност и константност привредне политике.⁶²⁶ Овако изграђен привредни поредак представља оквир за привредне активности субјеката који се воде ефикасношћу и остварењем профита. Међутим, без додатних интервенција он не може да оствари све циљеве које поставља социјално-тржишна привреда. Зато су неопходне интервенције у облику регулативних принципа,⁶²⁷ у које улазе: државна заштита конкуренције, корекција примарне расподеле прихода у складу са социјално-политичким аспектима, интернализација екстерних ефеката, социјални дијалог између радника и послодаваца о условима рада и платама.⁶²⁸

Однос између принципа слободе уговарања и права конкуренције треба тумачити у светлу ордолибералне теорије и социјално-тржишне привреде. Као што је већ наведено, правни поредак Европске уније гарантује слободу уговарања, као основни принцип, али, у случају да доследна примена слободе уговарања води немогућности остварења других циљева прокламованих у Оснивачким уговорима ЕУ, онда је неопходно ограничити слободу уговарања, у складу са применом принципа сразмерности. Право конкуренције обухвата правила која имају за циљ заштиту конкуренције на јединственом тржишту од рестриктивних споразума, злоупотребе доминантног положаја и оних концентрација учесника на тржишту које би значајно ограничиле конкуренцију.

Тако, УФЕУ у члану 101 (2) оглашава ништавим све споразуме или одлуке које имају за циљ или последицу нарушавање конкуренције на тржишту, а које не испуњавају услове за појединачно или скупно изузеће од забране. Међутим, при тумачењу ове одредбе Суд правде ЕУ се трудио да у што је могуће већој мери поштује вољу уговорних страна, те је тако заузео јасан став да део уговора који не представља претњу конкуренцији треба да остане на снази,

⁶²³ Уредба *Рим I*, члан 21.

⁶²⁴ Уредба *Рим I*, члан 9.

⁶²⁵ Saša Hadžiahmetović (ur.), *Nemačka socijalna tržišna privreda – Osnovne ideje, principi i koncept*, Beograd 2012, 14.

⁶²⁶ *Ibid.*, 14.

⁶²⁷ R. Zimmermann (2005), 176.

⁶²⁸ S. Hadžiahmetović, 17.

ако га је могуће одвојити од дела уговора који је ништав.⁶²⁹ На истом фону налазио се и европски законодавац кад је усвојио Уредбу бр. 330/2010 која предвиђа скупно изузеће од примене члана 101 (1) УФЕУ на вертикалне споразуме, за које се са сигурношћу може претпоставити да испуњавају услове из члана 101 (3) УФЕУ.⁶³⁰ За вертикалне споразуме између привредних субјеката, чији тржишни удео на меродавном тржишту није већи од 30%, претпоставља се да испуњавају услове из члана 101 (3) УФЕУ.⁶³¹ Тиме је, у већини случајева, слобода уговарања ослобођена од примене правила о заштити конкуренције. Изузетак од овог генералног правила односи се на вертикалне споразуме код којих је дошло до „тешких ограничења конкуренције“ наведених у члану 4. *Modus operandi* Уредбе заснива се на претпоставци да ће позитивни ефекти повећане ефикасности, настали услед слободу уговарања, надмашити антиконкурентске последице, настале услед ограничења садржаних у споразумима.

Одредбе права конкуренције које се односе на понашање привредних субјеката с доминантним положајем на тржишту, такође, узимају у обзир слободу уговарања, јер доминантан положај није забрањен сам по себи, него је забрањена злоупотреба тог положаја, која се, између осталог, остварује и кроз уговоре који повређују конкуренцију.⁶³² Слобода уговарања за учеснике на тржишту са доминантним положајем мора да буде заснована на критеријумима економске ефикасности и интереса потрошача,⁶³³ односно не сме да се заснива на методима пословања које се разликују од оних које доводе до нормалне конкуренције.⁶³⁴

Модерно европско право конкуренције, које се развило последњих година, даје широку слободу привредним субјектима да одреде начин своје сарадње и уреде појединачне односе, чак и ако то понекад изазива антиконкурентске последице. Правила права конкуренције не представљају ограничења слободу уговора, него „последњу одбрану“ за пословне праксе које очигледно представљају злоупотребу слободу уговарања, на уштрб интереса трећих лица или заједнице.⁶³⁵ Фокус интересовања права конкуренције није слобода уговарања, него споразуми и пракса која представља тешко ограничавање конкуренције (*hardcore restrictions*).

5. Специфичности примене принципа слободу уговарања у упоредном праву

Слобода уговарања је препозната као један од основних принципа уговорног права у француском, енглеском и немачком праву. Такође, у сва три правна система, као и у нашем, прихваћено је да слобода уговарања није неограничена. Међутим, начин и ниво ограничавања слободу уговарања није исти у сваком правном систему.

У немачком праву слобода уговарања је загарантована Савезним уставом (*Grundgesetz*). Међутим уговорне стране немају неограничену слободу у погледу садржаја уговора. Тако у члану 138 (1) немачког Грађанског законика стоји да је правни посао ништаван ако је супротан „добрим обичајима“ (*gute Sitten*).⁶³⁶ Према схватању немачких

⁶²⁹ Case C-56/65, *Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235; Case C-319/82, *Société de Vente de Ciments et Betons de l'Est v Kerpen and Kerepen GmbH* [1983] ECR 4173.

⁶³⁰ Уредба о примени члана 101, став 3 Уговора о функционисању Европске уније на категорије вертикалних споразума и усклађених деловања из 2010. године – *Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*, OJ L 102, 23.4.2010, рецитал 5.

⁶³¹ *Ibid.*, члан 3.

⁶³² УФЕУ, члан 102.

⁶³³ Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, para. 91.

⁶³⁴ Case T/228/97, *Irish Sugar PLC v Commission* [1999] ECR II – 2969, para 112.

⁶³⁵ N. Reich, 32.

⁶³⁶ Бранко Морант, „Право конкуренције и слобода уговарања“, *Однос права у региону и права ЕУ* (ур. Горан Марковић), Источно Сарајево 2015, 34.

судова „неморал“ је све што је у супротности са осећајем пристојности сваке особе, која поседује осећај праведности и правичности.⁶³⁷ Одговор на питање да ли је одређени уговор „неморал“ или није, судије доносе узимајући у обзир конкретан случај и ранију судску праксу. Уговори који ограничавају слободу трговине, личну или економску независност најчешће се утврђују ништавим. Занимљиво је да немачки Грађански законик не ограничава слободу уговарања кроз експлицитно навођење поштовања „јавног поретка“, ипак повреда „јавног поретка“ у већини случајева представља нарушавање „добрих обичаја“ и разлог за ништавост.⁶³⁸

Након опште норме о ништавости уговора супротних „добрим обичајима“, у другом ставу истог члана, наведени су конкретни облици „неморалних“ уговора. Тако се у законнику прописује да су правни послови ништави када неко искористи тешку ситуацију, неискуство, недостатак разумне процене или озбиљну слабост воље другог да прибави одобрење или обећање новчане користи за себе или треће лице, које је очигледно несразмерно вредности давања са његове стране. Овај став познат је као „зеленашка норма“ ипак није доживео ширу примену од стране немачких судова.⁶³⁹

У француском праву све до реформе Грађанског законика из 2016. године слобода уговарања није била експлицитно наведена. Принцип слободе уговарања се изводио тумачењем *a contrario* из члана 6 Грађанског законика из 1804. године. Принцип слободе уговарања се развија од 1804. године кроз судску праксу, да би кроз реформу Грађанског законика нашао своје место у основним принципа француског уговорног права. Осим принципа слободе уговарања, место у основним принципа имају још само принцип савесности и поштења и принцип уговорне обавезности. Члан 1102 Грађанског законика из 2016. године јасно прописује да:

Свако је слободан да уговори или да не уговори, да одабере особу са којом ће уговорити и да одређује садржај и облик уговора, у границама принудних прописа .

Слобода уговарања не дозвољава одступање од правила која су израз јавног поретка.

Из горе наведене норме може се закључити да реформа Грађанског законика одређује установу „принудних прописа“ и „јавног поретка“ као граничнике принципа слободе уговарања, за разлику од немачког Грађанског законика који ту улогу додељује установи „добрих обичаја“. Наше право је постулирало начело слободе уговарања кроз члан 10 Закона о облигационим односима: „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја да своје одредбе уреде по својој вољи“, као комбинацију горе наведених приступа. Иако на први поглед изгледа да се француски законодавац одлучио да ограничи слободу уговарања кроз императивне правне норме, а немачки кроз императивне моралне норме, ипак су ова два приступа ближа него што изгледају, ако се установа „јавног поретка“ схвати као „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које странке у својим односима морају поштовати.“⁶⁴⁰ У том случају, у састав установе „јавног поретка“ улазе како принудни прописи, тако и добри обичаји и моралне норме.

У енглеском праву, кроз судску праксу, слобода уговарања је постављена као примарни принцип, док се њена ограничења тумаче уско, као изузетак од општег правила. Тако енглеско право уопште не познаје принцип савесности и поштења, јер полази од претпоставке да све оно што су се уговорне стране договориле, то је поштено и фер. Због

⁶³⁷ Manfred Pieck, „A study of the significant aspects of german contract law“, *Annual survey of international and comparative law* 3/1996, 113.

⁶³⁸ Chantal Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law International, The Netherlands 2008, 36.

⁶³⁹ *Ibid.*

⁶⁴⁰ С. Перовић, *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд 1975, 155.

оваквог схватања савесности и поштења, енглески правници инсистирају да се детаљно и по могућности писмено уговоре сва права и обавезе уговорних страна у одређеном послу, нарочито ако је он веће вредности.⁶⁴¹ Ипак, судска пракса је утврдила околности које доводе до ништавости уговора. Када се систематизује судска пракса и апастрахују закључци, долази се до закључка да практичне разлике између континенталног и енглеског уговорног права нису онолике колике би се очекивале, узимајући у обзир различите концептуалне поставке.⁶⁴²

6. Трансформације принципа слободе уговарања у нашем праву

У нашој правној традицији може се уочити пет периода у којим се принцип слободе уговарања различито дефинисао и примењивао. У периоду до Другог светског рата принцип слободе уговарања представљао је један од основних принципа на коме је почивало српско грађанско право. Као одраз доктрине аутономије воље у уговорном праву, принцип слободе уговарања гарантовао је појединцима да потпуно самостално остварају и регулишу своје имовинскоправне односе. Стваралачка моћ уговорних страна је била потпуна. Уговор и закон су били равноправни, тако да се један правни однос могао уредити или уговором или законом. Уговором се нису могли уређивати само они односи који спадају у део јавног поретка.⁶⁴³ У том периоду разне правне институције се објашњавају уговором, односно вољом човека.⁶⁴⁴

Други период, који почиње аброгацијом предратних правних прописа,⁶⁴⁵ практично укида принцип слободе уговарања. У овом периоду административног управљања привредом држава је планским актима одређивала задатке за све привредне субјекте. Привредни субјекти нису имали право избора да ли ће ступити у одређени уговорни однос или не. Од њихове воље није зависио ни избор уговорне стране нити садржај уговора.⁶⁴⁶ У том периоду уговор је представљао само технику за извршавање планских задатака, тако да се не може говорити о слободи уговарања.

Трећи период почиње увођењем самоуправљања. Постепено ширење самоуправних права радника и њихових асоцијација позитивно су утицали на примену начела слободе уговарања. Понашање привредних субјеката је превасходно одређено економском нужношћу, а само делимично административним актима и социјалистичким моралом. Статус привредних субјеката, најчешће у друштвеном власништву, омогућавао је слободно закључење уговора, поштујући при том позитивне прописе, обичаје и схватање социјалистичког морала. У овом периоду закон има примат у односу на уговор. Извор свих правних односа налази се у закону, с тим да закон не ствара те правне односе, већ их он правно форнира и придаје им правну важност и дејство.⁶⁴⁷ Теоријско објашњење оваквих односа дао је А. Гамс, у оквиру теорије о условљености слободе уговарања административним актима,⁶⁴⁸ која полази од претпоставке да је у социјалистичком праву доминантна друштвена својина, која је састављена од грађанскоправне, јавноправне компоненте и права коришћења.⁶⁴⁹ Право коришћења се могло једино реализовати кроз

⁶⁴¹ Н. Јовановић, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Београд 2008, 40.

⁶⁴² Ch. Мак, 38.

⁶⁴³ М. Ђурђевић, Д. Павић, 90.

⁶⁴⁴ С. Перовић, „Границе слободе уговарања“, *Анали Правног факултета* 5-6/1971, 489.

⁶⁴⁵ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 66/1946.

⁶⁴⁶ М. Ђурђевић, Д. Павић, 88.

⁶⁴⁷ Борислав Благојевић, *Грађанско-правни облигациони уговори*, Београд 1947, 10.

⁶⁴⁸ Вид. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право – Општи део*, Београд 1964; А. Гамс, „Старо и ново у нашем грађанском праву“, *Анали Правног факултета* 4/1958; А. Гамс, „Својина и односи јавног и приватног“, *Правни живот* 8–10/1989, 1233.

⁶⁴⁹ М. Ђурђевић, Д. Павић, 91.

уговор који је био ограничен јавноправном компонентом.⁶⁵⁰ Из тога следи да страначка воља није аутономна и да сагласност изјављених воља нема снагу да створи уговор, него из ње произлазе права и обавезе једино ако правни прописи то допуштају.

Следећи период почиње усвајањем Устава СФРЈ из 1974.⁶⁵¹ године и Закона о облигационим односима, четири године касније.⁶⁵² ЗОО гарантује уговорним странама да слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва.⁶⁵³ У судској пракси разрађени су појмови, нпр. „норме социјалистичког морала“, „основни принципи друштвеног поретка“ и сл., који су служили за одређивање граница слободе уговарања.⁶⁵⁴ Осим тога, Основна начела ЗОО прописивала су да предузећа у облигационим односима имају посебне дужности, тако да је слобода уговарања за друштвена предузећа била ужа од оне коју су имали појединци.⁶⁵⁵ Циљ ових одредби је био да усмери привредну активност друштвених предузећа ка одређеној сврси. Зато се слобода уговарања у овом периоду означава као усмерена слобода уговора, за разлику од условљене слободе уговарања, која је постојала у претходном периоду.

Пети период почиње усвајањем Закона о предузећима из 1988. године и Устава СРЈ из 1992. године, чиме се мења правни и економски поредак, укида доминација друштвене својине.⁶⁵⁶ Такође, усваја се и Закон о изменама и допунама ЗОО из 1993. године, чиме се Основна начела ЗОО стављају ван снаге, а висок ниво слободе уговарања уређује се на јединствен начин према свим правним и физичким лицима.⁶⁵⁷ Слобода уговарања у нашем праву добија нови карактер доношењем Закона о заштити конкуренције, који забрањује споразуме између учесника на тржишту, који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије.⁶⁵⁸ Такође, закон забрањује и закључење уговора који представљају злоупотребу доминантног положаја, као и концентрацију учесника на тржишту, ако би значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на тржишту Републике Србије.⁶⁵⁹ Усвајањем Закона о заштити потрошача наметнуте су посебне обавезе трговцима приликом закључења уговора са потрошачима, под санкцијом ништавости уговорне одредбе, која директно или индиректно, ускраћује или ограничава права која припадају потрошачу.⁶⁶⁰ Након одумирања друштвене својине и повлачења државе из највећег дела комерцијалног сектора привреде, држава се све више користи правом да прописује правила тржишне игре и обезбеђује строгу контролу њихове примене.⁶⁶¹ Тиме се слобода уговарања опет ограничава, али овај пут, ограничења су усмерена у циљу несметаног функционисања тржишта. Из претходног излагања је могуће закључити да сваки правни систем користи и примењује принцип слободе уговарања, али увек са различитим захтевима, ограничењима и усмеравањима.⁶⁶²

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 9/74.

⁶⁵² Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

⁶⁵³ *Ibid.*, члан 10.

⁶⁵⁴ Драгољуб Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1968, 385.

⁶⁵⁵ М. Ђурђевић, Д. Павић, 95.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 95/2013, чл. 10.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, члан 16 и члан 19.

⁶⁶⁰ Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016, 44/2018.

⁶⁶¹ М. Васиљевић, „Реформа права у привреди“, *Право и привреда* 4-6/2014, 13-34, 24.

⁶⁶² Врлета Круљ, „Слобода уређивања облигационих односа“, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига I (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 52.

ГЛАВА III

ПРИНЦИП САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА

1. Опште одлике принципа савесности и поштења

У циљу дубље анализе принципа савесности и поштења анализираћемо објективни и субјективни концепт наведеног принципа.

Према објективном концепту, принцип савесности и поштења представља нормативизацију стандарда понашања који се захтева од свих оних који улазе у уговорни однос. Тако принцип савесности и поштења служи као пролаз кроз који морални стандарди улазе у уговорно право. Објективни концепт принципа савесности и поштења успоставља образац понашања који је инспирисан принципима поштења, социјалне правде и добре праксе, а који регулише активности и радње уговорних страна. Објективни концепт принципа савесности и поштења наглашава његов нормативни карактер, али се ипак задржава се на концепту „отворене норме“, тако да тачно значење принципа зависи од околности конкретног случаја и судског уверења. Према томе, одређено понашање уговорне стране је у сагласности са принципом савесности и поштења или представља кршење правне норме.

Принцип савесности и поштења, у субјективном смислу, односи се на стање ума лица које улази у уговорни однос. Уколико лице поступа у доброј вери, његови интереси ће бити заштићени законом. Лице је савесно ако поступа у убеђењу да су његове активности у складу са правом, односно ако није имало знање нити је имало обавезу да има знање о правно релевантним чињеницама. Принцип савесности и поштења најбоље се може објаснити у поређењу са институтом заблуде и преваре. Заблуда је погрешна представа лица о правно релевантним чињеницама, а која је настала и одржавана у свести лица, без утицаја других лица. Ако је једна страна, приликом закључења уговора, била у заблуди о битним својствима предмета, у погледу лица, или околности које су у конкретном случају одлучујуће, она је овлашћена да тражи поништај уговора због битне заблуде, али друга страна, у случају поништаја, има право на накнаду претрпљене штете, али под условом да је била савесна.⁶⁶³ Ако је та нетачна слика о правно релевантним чињеницама формирана искључиво „кривицом“ самог тог лица, односно, ако ни једно друго лице није утицало на ту погрешну прадставу, нити га је одржавало у тој нетачној представи о правно релевантним чињеницама, реч је о заблуди.⁶⁶⁴ С друге стране, ако је неко друго лице давало погрешне податке на основу којих је формирана или одржавана погрешна слика, онда је реч о превари. Превара подразумева несавесност другог лица, међутим, то несавесно лице не мора да буде уговорна страна, нити да у његову корист иде превара. Уколико уговарач није знао за превару трећег, уговор остаје на снази. И обрнуто, ако је сауговарач био несавестан, односно, знао или морао знати за преварну радњу трећег лица, уговор се може поништити.

За даљу анализу принципа савесности и поштења важно је разјаснити везу између објективног и субјективног концепта кроз одређивање заједничких карактеристика оба концепта. Оба концепта у дефинисању принципа савесности и поштења полазе од квалитета правних радњи. Објективни концепт у форми опште норме прописује обавезу уговорним странама да поступају у складу са начелима поштења, правичности и добре пословне праксе, док субјективни концепт одређује понашање једне уговорне стране, које је правно заштићено, а које би, у супротном, да није заштићено принципом савесности и поштења,

⁶⁶³ О. Антић, „Морал (етика) у грађанском праву“, *Хармонизација грађанског права у региону* (ур. Дијана Марковић Бајаловић), Источно Сарајево 2013, 12.

⁶⁶⁴ О. Антић (2008), 325.

ишло у корист друге уговорне стране.⁶⁶⁵ Такође, оба концепта су императивне природе, тако да не могу бити измењена или искључена вољом уговорних страна, чиме се утврђује стандард понашања уговорних страна. Оба концепта се оријентишу на стање свести уговорне стране и њено последично понашање. Принцип савесности и поштења може се једино разумети узимајући у обзир околности конкретног случаја и везу са понашањем конкретног носиоца права и обавеза. Принцип савесности и поштења није статични елемент права нити крути стандард који се мора применити увек и без обзира на околности, него принцип који је одређен кроз однос и активности уговорних страна у контексту околности појединачног случаја.

Из горе наведеног произлази да принцип савесности и поштења представља норму која поставља једно опште правило, односно стандард понашања који судови у сваком појединачном случају конкретизују. На тај се начин суд овлашћује да појединачни случај, који није предвиђен нормом, подведе под принцип савесности и поштења и реши случај. Међутим, овакав приступ, иако нужан, може бити злоупотребљен те имати негативне последице. Пре свега, овакав приступ ствара правну несигурност, кад судови, судећи према правичности и савесности, прекораче своја овлашћења преузимајући на себе овлашћења и законодавца. Управо због разлога умањења опасности од прекорачења овлашћења судова приликом конкретизације принципа савесности и поштења на појединачним случајевима, неопходно је анализирати значај овог принципа у појединим државама чланицама ЕУ, Србије и Републике Српске и у праву Европске уније. Главна разлика између различитих правних система лежи у мери у којој принцип савесности и поштења може да утиче, односно да дерогира одредбе уговора између уговорних страна.⁶⁶⁶ Док неки правни системи, као што је немачки, дозвољавају уговорној страни да се повуче из уговора позивајући се на принцип савесности и поштења, докле други правни системи, као што је француски, не допуштају такву могућност.⁶⁶⁷ С друге стране, енглеско право уопште не признаје принцип савесности и поштења као општу уговорну обавезу.

2. Принцип савесности и поштења у немачком праву

Немачки грађански законик (НГЗ) познаје оба концепта принципа савесности и поштења. Објективни концепт је одређен кроз појам *Treu und Glauben* у члановима 242 и 157, док је субјективни концепт термилошки одређен термином *Guter Glauben* у члану 932 НГЗ. Одредба члана 242, према мишљењу неких немачких правника XX века, била је „убитачна куга за културу и правни поредак“, док су други славили ову одредбу као „краљицу свих норми“.⁶⁶⁸ Судска пракса није придавала превелик значај овој одредби све до 1923. године кад је Царски суд због високе инфлације одлучио да „прилагоди“ одредбе уговора дајући предност начелу савесности и поштења над дужности испуњења обавезе, која је била уговорена у складу са начелом монетарног номинализма.⁶⁶⁹ Према мишљењу Цимермана, ова одредба није нити „убитачна куга“ нити „краљица свих норми“, већ представља подсетник за судове да раде оно што они свакако одувек раде, а то је да прецизирају, допуне и развију закон према потребама свог времена. Најчешћу примену, у немачкој судској пракси, ова одредба има приликом тумачења стандардних услова уговора, када судови, као крајње средство, ограничавају права једне уговорне стране, како би се елиминисала неправичност која произлази из крутог тумачења уговора.

⁶⁶⁵ Вид. ЗОО, члан 61, став 3.

⁶⁶⁶ Вид. Ole Land, Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, The Hague/London/Boston 2000, 161.

⁶⁶⁷ J. Smits, *The Making of European Private Law*, Antwerp – Oxford – New York 2002, 191.

⁶⁶⁸ R. Zimmermann, Simon Whittaker, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, 18.

⁶⁶⁹ Jadranka Osrečak, „Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja“, *Zagrebačka pravna revija* 1/2014, 59.

Термин *Treu* односи се на одржавање речи, односно одржавање поштеног односа између уговорних страна, што имплицира поштено испуњење уговорне обавезе с пажњом која се захтева у правном промету.⁶⁷⁰ С друге стране, термин *Glauben* односи се на заштиту оправданог очекивања поштене уговорне стране.⁶⁷¹ Синтагма *Treu und Glauben* означава стандард понашања, као објективни елемент правног система, којим треба да се руководе све уговорне стране у свим облигационим односима, без обзира на околности.⁶⁷² Члан 242 у вези са чланом 157 одређује начин, манир у којем уговор треба да буде извршен, што имплицира измену или допуну уговорних одредби, ако би њихово дословно извршење довело до „неправедног исхода“, односно кршења принципа савесности и поштења.⁶⁷³ Наравно, не може сваки „неправедан исход“ да оправда примену овог концепта. Према судској пракси Немачког врховног суда, оправдана је примена овог концепта једино ако би доследна примена уговорених одредби водила не само до „неправедног и суровог исхода“ него до ситуације која је „неподношљива“ за једну уговорну страну.⁶⁷⁴ Две групе случајева могу да испуне горе наведене захтеве. Прва група се односи на случајеве који воде угрожавању егзистенције једне уговорне стране, а друга група се односи на тежу повреду оправданог очекивања друге уговорне стране.⁶⁷⁵ Из горе наведеног произлази да *Treu und Glauben* има две стране, прва се односи на заштиту поверења поштене уговорне стране, а друга се односи на заштиту интереса уговорне стране чија су оправдана очекивања изиграна.

Субјективни концепт принципа савесности и поштења у немачком праву означава се појмом *Guter Glauben* који је садржан је у члану 932 Немачког грађанског законика, као део одредби које регулишу стицање својине од невластника на покретностима и непокретностима. Субјективни концепт односи се на стандард понашања који треба да буде задовољен од стране стицаоца својине. Како би одржао стандард понашања и тиме осигурао заштиту прокламовану принципом *Guter Glauben*, стицалац мора да прикупи довољно информација, тако да се његово поступање не може окарактерисати као „груба непажња“.

3. Принцип савесности и поштења у француском праву

Принцип савесности и поштења у француском праву није доживео развој као у немачком праву, пре свега, јер је у грађанском законнику заузет став да ако је неко на нешто пристао, то је онда и поштено (*Qui dit contractuel dit juste!*). Принцип слободе уговарања и аутономије воље је основна одредница *Code Civil*-а, тако да се савесност не помиње у тексту Законика као обавеза при закључењу уговора, него само при извршењу уговора.⁶⁷⁶ Законик у својим одредбама не регулише директно питање несавесног вођења преговора, међутим, већина правника у француској правној теорији сматра да предуговорна одговорност има свој извор у деликтној одговорности и проналази правни основ за регулисање овог питања у општим правилима о одговорности, која су садржана у члану 1382.⁶⁷⁷ Француски судови добијају овлашћење да мењају уговоре због промењених околности, или других захтева правичности, тек након измена Законика седамдесетих година XX века.⁶⁷⁸ Актуелизацијом примене принципа савесности и поштења у европским академским круговима, ово питање постаје занимљиво правно и политичко питање у Француској. Једна група правника сматра

⁶⁷⁰ Julius von Staudinger, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2009, 99.

⁶⁷¹ *Ibid.*, 101.

⁶⁷² *Ibid.*, 123.

⁶⁷³ R. Zimmerman, S. Whittaker, 18.

⁶⁷⁴ Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, Nördlingen 2009, 1823.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ ФГЗ, члан 1134.

⁶⁷⁷ ФГЗ, члан 1382: „Сваки људски чин, који другом проузрокује штету, обавезује онога чијом је кривицом наступио, да је накнади“.

⁶⁷⁸ Милена Ђорђевић, „Начело савесности и поштења – универзални принцип међународне трговине“, *Правни живот* 10/2004, 424.

да би принцип савесности и поштења требало да буде један од главних принципа уговорног права, чиме би уговорно право постало „социјалније“, док се други прибојавају да би дошло до прешироке слободе судија и несигурности у привредном промету.⁶⁷⁹

Реформа Грађанског законика, која је ступила на снагу 01. октобра 2016. године, донела је експлицитно дефинисање основних принципа француског уговорног права. Принципи слободе уговарања, обавезујуће снаге уговора и принцип савесности и поштења постављени су као основни принципи који, према извештају председника, треба да представљају опште упутство за олакшавање тумачења правила уговорног права и попуњавања правних празнина, када је то неопходно.⁶⁸⁰

Након реформе Грађанског законика, принцип савесности и поштења ојачан је не само кроз дизање у ред основних принципа, него и кроз ширење његове примене. Члан 1104 експлицитно наводи да преговори, закључивање и извршење уговора морају бити у складу са принципом савесности и поштења, за разлику од грађанског законика из 1804. године који прописује примену само за извршење уговора. Изван круга директне обавезности примене принципа савесности и поштења остало је питање раскида уговора. Међутим, очекивати је да ће судови одбити да раскину уговор ако се то врши у супротности са принципом савесности и поштења. Без обзира на то што принцип савесности и поштења није кодификован у домену раскида уговора, за очекивати је да ће судови проштити његову примену и у питањима раскида уговора и наставити са ранијом устаљеном судском праксом.

Нови Грађански законик није се определио за дефинисање појма савесности и поштења, што је критиковано од низа правника јер појам остаје неодређен, остављајући судовима превише слободе при одлучивању. Непостојање дефиниције у новом Грађанском закону ствара празнину која ће бити попуњена ранијом јуриспруденцијом. Савесност и поштење подразумева да уговорна страна мора да предузима активности у доброј вери, што практично значи да мора да буде привржена (*devoir de loyauté*), кооперативан (*devoir de coopération*) и кохерентан (*devoir de coherence*).⁶⁸¹

Узимајући у обзир чињеницу да је француски Грађански законик утицао на прихватање неких теоријских решења у Закону о облигационим односима, а да су реформе у оба правна система започета у само две године размака, решења усвојена реформом француског Грађанског законика из 2016. године треба да се истраже упоредноправним методама, како би се утврдиле сличности и разлике у поведима, потребама, као и токовима развоја.⁶⁸²

4. Принцип савесности и поштења у енглеском праву

Енглеско право не признаје принцип савесности и поштења као обавезу при закључењу уговора, нити при извршењу уговора.⁶⁸³ Енглеско право је засновано на доминацији принципа слободе уговарања и, пре свега, штити индивидуалне интересе уговорне стране у циљу максимизације користи коју може да добије извршењем уговора. С обзиром на то да енглеско право не признаје принцип савесности и поштења, судије нису овлашћене да врше било какву интервенцију у погледу извршења уговорених обавеза. Овакав приступ осликава „енглески трговачки дух“ чије су основе постављене још у XIX веку у пресуди *Jessel*, где је потврђена „улитмативна слобода уговарања“ уговорних страна које су пунолетне, имају слободну вољу и у потпуности су свесне фактичких и правних

⁶⁷⁹ S. Whittaker, *Draft Common Frame of Reference. An Assessment*, Assessment commissioned by the Ministry of Justice UK, November 2008, 138-139.

⁶⁸⁰ Solene Rowan, „The new French law of contract”, *International and Comparative Law Quarterly* 66(4)/2017, 7.

⁶⁸¹ *Ibid.*, 8.

⁶⁸² М. Ђурђевић, „Реформа облигационог права у Србији и Француској – Упоредни поглед на законодавне промене, њихове подстицаје, токове развоја и изворе“, *Српска политичка мисао* 3/2016, 208.

⁶⁸³ Mark Van Hoecke, François Ost (eds.), *Harmonization of European Private Law*, Oxford 2000, 181.

последница уговарања.⁶⁸⁴ Дobar, али суров пример из судске праксе, који потврђује принцип „улитмативне слободе уговарања“, налази се у случају *Chapman v. Honig*, у коме је Виши суд потврдио право закупадавца да раскине уговор о закупу јер је закупопримац дао негативно сведочење у поступку који се водио између закупадавца и трећег лица.⁶⁸⁵ Суд је пресудио да уговорна страна, која има одређено право на основу уговора, може да оствари то право без обзира на мотив, тј. без икаквог разлога, због доброг разлога или лошег разлога.⁶⁸⁶

Иако је општеприхваћена теза да енглеско право не признаје принцип савесности и поштења, ипак она није у потпуности тачна и потребна је ближа анализа позиције принципа савесности и поштења у систему енглеског права. У енглеској јуриспруденцији и доктрини могуће је утврдити три приступа у погледу позиције принципа савесности и поштења који се крећу од негативног, преко неутралног до позитивног приступа.⁶⁸⁷ Негативни приступ, који је најбоље предочен у случају *Walford v. Miles*, у коме се полази од претпоставке да је принцип савесности и поштења неостварив у пракси јер је неспојив са основним принципом да свако за себе жели да оствари што бољу позицију у уговору и максимизује своју добит.⁶⁸⁸ Други принцип полази од става да енглеско право усваја *piecemeal solution* тако да, уместо прихватања општег принципа савесности и поштења, енглеско право усваја низ појединачних института којим се долази скоро до истог ефекта као и применом принципа савесности и поштења.⁶⁸⁹ Појединачни институти који замењују принцип савесности и поштења су *estoppel*, *frustration*, заблуда и „лажно представљање“.⁶⁹⁰ Естопел је институт који се користи како би се уговорна страна повукла из уговора, под условом да није у могућности да испуни своју обавезу услед неизвршења обавеза друге уговорне стране. Институт *frustration*, такође, служи како би се уговорна страна повукла из уговора, али у случају када наступе непредвидиве околности. Примена ових појединачних института може се сматрати као потврда и признавање принципа савесности и поштења у енглеском праву од стране суда.⁶⁹¹ Позитивни приступ своју потврду налази у случају *L'Estrange v Graucob Ltd* кад је судија изнео тезу да би увођење принципа савесности и поштења у енглеско право било ефективније и боље решење, него постојећа решења која енглески судови примењују када утврде непоштено пословање.⁶⁹²

Из горе наведеног може се закључити да постоје опречна мишљења у енглеском праву у погледу принципа савесности и поштења, али ипак преовладава мишљење да нема потребе за увођењем принципа кад се појединачним институтима долази до истог или сличног резултата. Осим тога, важно је уочити да енглески правници доживљавају принцип савесности и поштења пре свега као један субјективни концепт, који одговара немачком термину *Guter Glauben*, док нису спремни да прихвате примену објективног концепта *Treu und Glauben* ни у каквој форми.⁶⁹³

5. Принцип савесности и поштења у нашем праву

Принцип савесности и поштења у Закону о облигационим односима (ЗОО) постављен је императивно, тако да су уговорне стране дужне да се придржавају овог начела како током преговора, тако и током извршења уговора. ЗОО предвиђа предуговорну одговорност (*culpa*

⁶⁸⁴ J. Smits (2002), 193.

⁶⁸⁵ R. Zimmerman, S. Whittaker, 40.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ Roger Brownsword, Norma J. Hird, Geraint Howells (eds.), *Good Faith in Contract*, Dartmouth 1999, 14.

⁶⁸⁸ J. Smits (2002), 193.

⁶⁸⁹ R. Brownsword *et al.*, 14.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ John F. O'Connor, *Good Faith in English Law*, Dartmouth 1990, 48.

⁶⁹² R. Brownsword *et al.*, 25.

⁶⁹³ Elisabeth Pedden, „Implicit Good Faith – or Do We Still Need an Implied Term Of Good Faith?“, *Journal of Contract Law* 25-1/2009, 50.

in contrahendo) која обавезује правне субјекте да се још у преговорима имају држати у складу са принципом савесности и поштења, тако да обавештавају другу страну о свим релевантним својствима ствари и околностима случаја који су од значаја за заснивање облигације.⁶⁹⁴ Ова обавеза преговарача одговара „дужности информисања“ (*duties of information*) која је у инструментима права Европске уније значајно развијена.⁶⁹⁵ Очигледна је савременост ЗОО са тенденцијама у праву Европске уније, а занимљиво је да је принцип савесности и поштења своје место заузео и у одредбама Српског грађанског законика и Општег имовинског законика за Црну Гору кроз термин „благонаравље” и „поштење и правичност“.⁶⁹⁶

Закон о облигационим односима из принципа савесности и поштења деривира низ ужих начела која се примењују на већ насталу облигацију.

Начелом забране злоупотребе права, предвиђена је забрана вршења права из облигационих односа, противно циљу због кога је такво право законом установљено или признато.⁶⁹⁷ Код злоупотребе права титулар, који несумњиво има одређено субјективно право, у конкретној ситуацији врши то право на начин да омета уживање и остваривање неких других права која су призната другој страни. Несумњиво је да постоји корелација између субјективног права повериоца и обавезе дужника, али постоји поремећај у корелацији између захтева и одговорности.⁶⁹⁸ Тај поремећај, најшире посматрано, условљен је не захтевом повериоца или испуњењем одговорности дужника, већ начином испуњења, односно извршења престајације.⁶⁹⁹ Класичан пример је ситуација у којој дужник нуди исплату дуга, о року, од 10.000 евра, али у кованицама од по једног евра.

ЗОО предвиђа да стране у заснивању уговора полазе од начела једнаке вредности узајамних давања.⁷⁰⁰ Међутим, како је дословна једнакост узајамних давања неостварљива, Закон у циљу заштите овог начела предвиђа неколико конкретних инструмената као што су: одговорност за материјалне недостатке, одговорност за правне недостатке, прекомерно оштећење, зеленашки уговор, битно промењене околности и монетарни номинализам.⁷⁰¹

Принцип савесности и поштења своју конкретизацију налази и у начину поступања при извршавању обавезе из облигационог односа. Тако је страна у облигационом односу дужна да у извршавању своје обавезе поступа с пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа (пажња доброг привредника, односно пажња доброг домаћина).⁷⁰² У случају да се ради о извршавању обавезе из професионалне делатности, обавеза је уговорне стране да поступа са пажњом доброг стручњака.

Код трговинских уговорних односа, стране су дужне да поступају у складу с добрим пословним обичајима. Будући да су одредбе ЗОО диспозитивне природе, стране могу уговорити и примену кодификованих обичаја на конкретан случај, а Узансе ће бити примењене и уколико из околности произлази да су уговарачи хтели њихову примену.⁷⁰³ На тај начин уговорне стране могу предвидети и примену неких од кодификованих принципа права Европске уније који немају обавезујућу правну снагу.

Такође, код трговинских уговорних односа, правна лица су дужна да при заснивању облигационих односа поступају у складу са својим општим актима. Међутим, уговор који је закључен супротно општем акту или правна радња предузета супротно таквим актима остаје на снази, осим ако је друга страна била несавесна, тј. знала или морала знати да је поступљено противно општим актима.⁷⁰⁴

⁶⁹⁴ О. Антић (2013), 5.

⁶⁹⁵ НЗПО, члан II-1:106(2); ПЕУП, члан 4:103.

⁶⁹⁶ В. Вулетић „Од *bona fides* до начела савесности и поштења“, *Анали Правног факултета* 1/2010, 279.

⁶⁹⁷ ЗОО, члан 13.

⁶⁹⁸ О. Антић (2013), 16.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ ЗОО, члан 15.

⁷⁰¹ О. Антић (2013), 17.

⁷⁰² ЗОО, члан 18.

⁷⁰³ ЗОО, члан 21.

⁷⁰⁴ ЗОО, члан 22.

Уз горе наведена начела, из принципа савесности и поштења произлази и начело мирног решавања спорова,⁷⁰⁵ начело дужности испуњавања обавеза⁷⁰⁶ и начело забране проузроковања штете.⁷⁰⁷

6. Принцип савесности и поштења у европском трговинском праву продаје

Принцип савесности и поштења нашао је своје место и у изворима европског трговинског права продаје. Анализом најзначајних извора може се извући закључак да се примена принципа савесности и поштења у трговинским односима мора разматрати у светлу „убичајене пословне праксе“ у одређеном привредном сектору. Понашање привредног субјекта мора се оцењивати у светлу стандарда понашања који владају у одређеном привредном сектору. Објективност стандарда налаже да стандарди понашања у једном привредном сектору морају имати исту садржину, а не да зависе од вредносних ставова конкретних привредних субјеката или њиховог односа у том конкретном односу услед конкретних околности. Оваква примена принципа савесности и поштења у трговинским односима значајно је другачија од примене овог принципа у грађанским и потрошачким уговорима, где су одређена правила усмерена на заштиту слабије стране.

У члану 1.7 *UNIDROIT* Принципа међународних трговинских уговора под насловом *Good faith and fair dealing* стоји да свака уговорна страна мора да поступа у складу са добром вером и поштеним пословањем у међународној трговини. Међутим, у Званичном коментару наглашено је да се принцип добре вере и поштеног пословања не сме тумачити у светлу националног права, него у светлу међународне трговине и добре пословне праксе. Објективизација принципа савесности и поштења искључује могућност да се принцип користи за заштиту права привредног субјекта који је имао слабију преговарачку моћ у конкретном трговинском односу.⁷⁰⁸

У општем делу нацрта Заједничког појмовног оквира не прави се разлика између принципа савесности и поштења у трговинским односима, потрошачким и грађанским односима.⁷⁰⁹ Слично решење је предвиђено и у Ландовим принципима, где се наводи да свака страна мора да поступа савесно и у складу са поштеним пословањем.⁷¹⁰ Међутим, анализом посебних одредби долази се до закључка да су аутори овог нацрта имали намеру да одвоје начин примене овог принципа у трговинским односима, потрошачким уговорима. На пример, док се на основу забране „неправичних одредби уговора“ у трговинским односима забрањује грубо одступање од добре пословне праксе, добре вере и поштеног пословања,⁷¹¹ код потрошачких уговора забрањују се одредбе које значајно штете потрошачу.⁷¹² Такође, обим информација које је привредни субјект дужан да обелодани у трговинском односу је знатно различит од оног у потрошачком односу.⁷¹³

У предлогу Уредбе о заједничком европском праву продаје⁷¹⁴ трговински уговори су јасно одвојени од потрошачких уговора. Међутим, у предлогу Уредбе долази до ширења

⁷⁰⁵ ЗОО, члан 19.

⁷⁰⁶ ЗОО, члан 17.

⁷⁰⁷ ЗОО, члан 16.

⁷⁰⁸ Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, New York 2009, 171-179.

⁷⁰⁹ НЗПО, члан I – I:103 (Good faith and fair dealing): (1) The expression “good faith and fair dealing” refers to the standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction in question.

⁷¹⁰ ПЕУП, члан 1:202.

⁷¹¹ НЗПО, члан II – 9:405 (Meaning of “unfair” in contracts between businesses).

⁷¹² НЗПО, члан II – 9:403 (Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer).

⁷¹³ Ch. Twigg-Flesner, „Pre-Contractual Duties From the Acquis to the Common Frame of Reference“, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* (eds. Reiner Schulze), Munich 2009, 105.

⁷¹⁴ ЗЕПП.

концепта „неправичних одредби уговора“, који је карактеристичан за потрошачке уговоре, и на трговинске односе између великих привредних субјеката, са једне стране, и малих и средњих предузећа, са друге стране. Овако широка примена принципа савесности и поштења може да угрози правну сигурност у трговинским односима и смањи атрактивност предлога Уредбе да уређује односе између привредних субјеката, нарочито узимајући у обзир да Бечка конвенција о међународној продаји роба не усваја такав концепт.⁷¹⁵

⁷¹⁵ European Parliament, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, *Unfair Contract Terms Provisions in CESL*, Note, доступно на : <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201205/20120530ATT46060/20120530ATT46060EN.pdf>, 20.5.2019.

ЧЕТВРТИ ДЕО

СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВА КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

ГЛАВА I

СТАЊЕ И ИЗАЗОВИ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

1. Особености кодификације европског трговинског права продаје

Садашњем стању европског трговинског права продаје највише одговара најшире постављен појам, који обухвата све прописе који се примењују за регулисање унутаревропске продаје роба између привредних субјеката, без обзира на формалног доносиоца и правну обавезност прописа. Тако појам обухвата правно обавезујуће акте Европске уније, законе и друге обавезујуће акте држава чланица ЕУ, обавезујуће инструменте међународних организација, као и необавезујуће правне инструменте (*soft law*). Под необавезујућим правним инструментима обично се подразумевају: ставови и радови академске заједнице, међународних организација, професионалних удружења која раде на хармонизацији трговинског права, обичаји и пословна пракса, општи услови пословања, типски уговори, трговинске клаузуле и термини, и сл.

Актуелно стање кодификације европског трговинског права продаје представља завршетак почетне фазе, процеса усмереног ка потпуном нормирању односа између привредних субјеката насталих поводом продаје роба на јединственом тржишту ЕУ, од стране мноштва учесника, ради остваривања циљева Европске уније. Посебност кодификације европског трговинског права продаје одређена је функционалном усмереношћу, па се тако потпуно регулисање ове правне области врши ради обезбеђивања несметаног функционисања јединственог тржишта, као основног циља Европске уније. Учесници процеса кодификације су како носиоци јавних овлашћења, тако и приватна лица, привредни субјекти и њихова удружења, како на нивоу ЕУ, тако и на националном и међународном нивоу. Међународне невладине организације и удружења, која изражавају интересе професионалних и пословних кругова једне или више држава, спроводе процес аутономне (међународне) кодификације, како би се постигла већа једнообразност правних правила, без спровођења формалног поступка унификације државног права.⁷¹⁶ Иако највећи део правних норми европског трговинског права продаје потпада под област државног права, све већи број правила долази из сфере аутономног права. Кодификацију треба разликовати од унификације, која представља доношење јединствених правила са важношћу на одређеној територији на којој право дотле није било јединствено.⁷¹⁷ Кодификације и унификација по правилу иду заједно, али се не морају поклапати. Тако је могуће да је право кодификовано, али да није унификовано, тј. да постоји више правних подручја, или да је право делимично јединствено, а делимично партикуларно.⁷¹⁸

⁷¹⁶ Р. Буровић, М. Трајковић, одредница: међународна кодификација права.

⁷¹⁷ О. Станковић, В. Водинелић, 10.

⁷¹⁸ *Ibid.*

Стање европског трговинског права продаје најбоље се може осликати на хипотетичком примеру, у коме привредни субјекти, из различитих држава чланица ЕУ, нису уговорно одредили меродавно право које ће се примењивати на уговор о унутаревропској продаји робе. У том случају, применом колизионих одредби Уредбе *Рим I* доћи ће до примене права државе у којој продавац има седиште централне управе.⁷¹⁹ Ако је реч о држави која је ратификовала Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе, правила Конвенције регулисаће дати однос. Ратификацијом Бечке конвенције она постаје саставни део унутрашњег права једне државе и ужива приоритет у односу на одговарајући национални закон. Ипак, уговорне стране имају право да, изричитом или прећутном вољом, изаберу за меродавно право национално право неке државе или аутомни правни инструмент. Тако се у Уредби *Рим I* изричито наводи да „...ова Уредба не спречава уговорне стране да се у уговору позову на недржавно право...“.⁷²⁰ Из овог произлази да садашње европско трговинско право продаје представља право у настајању, кога карактерише вишеслојност, фрагментисаност, неконзистентност и несистематичност, плурализам учесника и правних инструмената. Постојање европског трговинског права продаје више је везано за правну доктрину, и оно што би могло да постане у догледној будућности, него за позитивноправне прописе.

Појам кодификације посматраћемо у најширем смислу, тако да подразумева процес усмерен ка потпуном регулисању једне правне области. Постављање граница појма кодификације овако широко условљено је потребом рада да се опишу сви аспекти процеса. Класична теорија под појмом кодификације подразумева потпуно законско регулисање једне правне области од стране централне власти. Кодификација, у светлу европских интеграција, подразумева не само законско регулисање, него и регулисање необавезујућим правним инструментима (*soft law*), од стране носиоца јавних овлашћења тако и приватних лица и удружења, на националном, ЕУ и међународном нивоу.

Кодификација европског трговинског права продаје треба се схватити као део ширег кодификацијског процеса европског приватног права. Однос између евентуалног Европског грађанског законика и кодификације европског трговинског права продаје своди се на однос општег и посебног, јединственог законика и парцијалне кодификације, који се међусобно не искључују, него допуњују. Такав однос постоји између нацрта Заједничког појмовног оквира за европско приватно право и предлога Уредбе заједничког европског права продаје.

2. Место европског трговинског права продаје у приватном праву

Поред традиционалне институционалне и пандектне поделе, у новијој литератури, разликује се и подела на опште приватно право (*allgemeines Privatrecht*), које се назива још и цивилно право, грађанско право (*Zivilrecht, Bürgerliches Recht*) и на специјално приватно право (*Sonderprivatrechte*).⁷²¹ Специјално приватно право обухвата модификоване прописе за одређени круг субјеката или за одређене области струка. У специјално приватно право спадају трговинско право, велики део радног права, ауторско право и право индустријске својине, као и право заштите од нелојалне конкуренције. Ова дефиниција допушта нам да у оквир трговинског права подведемо уговорно трговинско право, банкарско право и право појединачних хартија од вредности, као целине које претендују да буду самосталне гране права.⁷²² Имајући у виду да трговински уговори о продаји роба представљају један од најчешћих и најважнијих облика уговорног трговинског права, место европског трговинског

⁷¹⁹ *Рим I*, члан 4, став 1, параграф а и члан 19, став 1.

⁷²⁰ *Рим I*, рецитал 13.

⁷²¹ Јожеф Салма, „Грађанскоправни и трговински уговори“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010, 38.

⁷²² М. Васиљевић (2018), 26.

права продаје у европском правом поретку биће одређено посредно, кроз претходно одређивање места европског уговорног трговинског права, односно места европског уговорног права, као ширих појмова чија се општа правила примењују и на ЕУ трговинске уговоре о продаји роба. У процесу европских интеграција, највећи развој остварило је уговорно право. Међутим, нису сви делови европског уговорног права остварили исти степен развоја. Фрагментација и специјализација довела је до стварања најмање пет различитих правних целина унутар уговорног права које одвојено регулишу;

- уговорне односе између приватних лица (*private party – private party*) тзв. уговорно грађанско право;
- уговорне односе између потрошача и привредних субјеката (*consumer – business*) тзв. потрошачко право ЕУ;
- уговорне односе између привредних субјеката, који имају седиште у истој држави (*national business – business*) тзв. уговорно трговинско право;
- уговорне односе између привредних субјеката који имају седиште у различитим државама чланицама ЕУ (*intra-EU business – business*) тзв. европско уговорно трговинско право, и у оквиру њега европско трговинско право продаје;
- уговорне односе између привредних субјеката који имају седиште у различитим државама, од којих једна није чланица ЕУ (*international business – business*) тзв. међународно трговинско право.⁷²³

Из овог приказа могуће је видети да је европско уговорно трговинско право, односно европско трговинско право продаје ограничено, с једне стране, потрошачким правом Европске уније које обухвата велики број релевантних директива, док је, с друге стране, ограничено међународним трговинским правом, превасходно Конвенцијом УН о уговорима о међународној продаји робе, а са треће стране, националним уговорним трговинским правом држава чланица Европске уније. При одређивању граница и места европског трговинског права продаје, како се не би скренуло у неплодно теоретисање, потребно је имати на уму дескриптивну дефиницију Роја Гуда (*Roy Goode*) о трговинском праву као „укупности правних одговора на потребе и праксу пословне заједнице (*mercantile community*)“.⁷²⁴

3. Изазови развоја европског трговинског права продаје

Садашње европско трговинско право представља вишеслојни правни поредак у којем мноштво учесника креира пословни амбијент и регулише услове пословања. Учесници су како носиоци јавних овлашћења, тако и приватна лица, како на националном, тако и на ЕУ и међународном нивоу. Поставља се питање који од ових учесника има најадекватније компетенције да регулише ове односе, на ком нивоу и на који начин? Историјски развој трговинског права је започео активношћу приватних учесника – трговаца, који су креирали правила ради регулисања права и обавеза проистеклих из трговинских односа. Овим приватним правилима придодата је правна обавезност од стране државе, која је у периоду успона извршила кодификацију ових трговинских правила. Компаративна правна историја нас учи да је улога и значај сваког од учесника у креирању трговинског права варијала од државе до државе и од историјског периода. Може се рећи, уз доста уопштавања, да је трговинско уговорно право у Енглеској настало превасходно активношћу судова, док је у Немачкој најзначајнију улогу одиграла академска заједница, а у Француској најзначајнију улогу је имао законодавац.⁷²⁵ Ово уопштавање рефлектује политичку констелацију између

⁷²³ Вид. V. Heutger, Ch. Jeloscsek, 548.

⁷²⁴ Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*, London 2010, 1347.

⁷²⁵ J. Smits, „The Future of Contract Law in Europe“, *Maastricht European Private Law Institut – Working paper* 2/2015, 4.

учесника у наведеним државама током периода усвајања трговинског права. Из овога се може извести закључак, да вакуум који настане неактивношћу једног од учесника бива надомештен повећаном активношћу других учесника. Овај закључак може послужити као прва претпоставка, за један од могућих сценарија перспективе развоја европског трговинског права продаје. Као другу претпоставку узнећемо тврдњу да ће се процес европеизације (глобализације) наставити, што ће довести до даље денационализације (трговинског) права и стварања вишеслојног система одлучивања у ЕУ, с тим да ће се смањити политичка спремност држава чланица за даље интеграције. Овај сценарио претпоставља да ће неактивност законодавних институција Европске уније, у погледу развоја европског трговинског права продаје, довести до повећане активности других учесника, као што су: судови, академска заједница, национални парламенти и приватни субјекти. С обзиром на раст унутаревропске и светске трговине, као и наставак економских интеграционих процеса, јавља се потреба за регулисањем трговинских односа на нивоу различитом од националног, као и потреба да правила буду креирана од стране приватних учесника тако да одговарају реалним захтевима пословне заједнице, с тим што је неопходно да њихова позиција буде прецизно одређена унутар структуре коју треба да изграде носиоци јавних овлашћења.

Настанак и развој правила европског трговинског права није могуће објаснити традиционалним теоријама јер су доминантно ослоњене на законодавни монопол националних држава и хијерархију правних норми. Већина правила која су креирана од недржавних ентитета не би била препозната као правно обавезујућа, са становишта традиционалних концепција, јер не испуњавају формалне критеријуме за усвајање обавезујућих аката, нити иза њих стоји систем принуде који гарантује њихову примену. Међутим, ова правила, ипак, уређују односе између привредних субјеката и битно утичу на њихово понашање на тржишту. Плурализам и правна необавезност доводе до конкуренције између правила усвојених од стране различитих субјеката, на различитом нивоу. За разлику од традиционалног поретка, плурализму правила особено је непостојање формалне хијерархије, тако да ће учесталост примене одређених правила искључиво зависити од квалитета правних решења.

У циљу испитивања будућности европског трговинског права потребно је назначити циљ и улогу европског трговинског права, као и улогу сваког од учесника у његовом стварању и остваривању. Основни циљ европског трговинског права треба да буде олакшавање пословања привредним субјектима на слободном тржишту Европске уније. Обезбеђивање несметаног пословања најбоље се може осигурати кроз потпуно остваривање принципа слободе уговарања.⁷²⁶ Стога би европско трговинско право требало да олакша остваривање принципа слободе уговарања и да обезбеди механизам за спровођење уговора који су слободно закључени између уговорних страна. Регулативна активност изван остварења овог циља, без обзира од ког учесника да је предузета, треба да обезбеди експлицитно оправдање. С друге стране, европско трговинско право треба да онемогући злоупотребу слободе уговарања, као што је случај преваре, злоупотребе боље преговарачке позиције и сл., нарочито, ако се тим активностима нарушава несметано функционисање тржишта или основних друштвених вредности.

Улога националног законодавца у креирању одредби трговинског права је значајно опала током последњих деценија, при чему је вакуум попуњен активношћу Европске уније и међународних организација, као што су *UNIDROIT* и *UNICITRAL*. Тако, савремено европско трговинско право карактерише мноштво извора права са различитих нивоа, који се често преклапају и делимично су противречни, с обзиром на то да европско уговорно трговинско право не представља усклађен систем правила, него болује од неприступачности, правне

⁷²⁶ Anna Beckers, Nicole Kornet, Janwillem Oosterhuis, „Who Does What in Commercial Law? The Case for a Multi-level & Multi-Actor Approach to Regulating Commercial Transactions“, *Maastricht European Private Law Institut – Working paper* 8/2015, 7.

несигурности и мањка легитимитета.⁷²⁷ Оно што можемо очекивати у будућности је неактивност законодавних институција Европске уније, јер су државе чланице незаинтересоване за даље интеграције. Процес европских интеграција је изгубио свој моментум.⁷²⁸ С друге стране, долази до раста унутаревропске трговине, што доводи до јачања потребе за јединственим регулисањем унутаревропске трговине. У оваквој ситуацији, можемо очекивати да ће насталу празнину покушати да попуне национални законодавци усвајајући национална правила која узимају у обзир потребе привредних субјеката приликом пословања на унутаревропском тржишту. Национални законодавци ће покушати да понуде што боље услове страним привредним субјектима, како би их привукли да изаберу њихово право и њихов правни систем за пословање. Могуће је да између држава чланица дође до Делавер феномена, који представља резултат процеса такмичења између држава чланица САД у погледу давања атрактивнијих услова за регистрацију и пословање компанија. Држава Делавер у том погледу држи примат до данас, тако да ова држава чланица зарађује 17,7% пореза од привредних друштава која су тамо основана, за разлику од 38 држава чланица САД којима је овај број испод 1%.⁷²⁹

Може се очекивати јачање улоге судске власти, у виду формирања специјализованих судова и кроз већу слободу судова у одлучивању шта је друштвено, економски и политички прихватљиво понашање. Услед технолошког прогреса и све веће специјализације пословних делатности, јавља се потреба за алтернативним начинима решавања спорова, као што је *online* решавање спорова, и специјализованим судовима, као што су: привредни судови, судови за интелектуалну својину,⁷³⁰ судови који ће тумачити и примењивати право Европске уније. Тако је постојала идеја стварања специјализованих судова који би пресуђивали у случају примене заједничког европског права продаје.⁷³¹ С друге стране, неактивност законодавца оставља шири простор врховним судовима да заузму мишљење шта је праведно у савременом технолошком друштву. Могуће је да ће овакав развој догађаја довести до развоја уговорног права који ће имати за циљ остваривање и општих циљева.⁷³²

Европско уговорно трговинско право, односно европско трговинско право продаје, представља право у настајању, тако да постоји мноштво различитих мишљења о димензијама, границама, циљевима и самом појму. С обзиром на специфичан однос према другим деловима уговорног права, и узимајући у обзир да европско уговорно трговинско право обухвата мали број позитивних правних прописа, неопходно је наставити са даљим активностима на његовом развоју. Међутим, пред европског законодавца поставља се више дилема у погледу даљег развоја. Прва дилема односи се на питање да ли је могуће и пожељно јединствено регулисање трговинских уговора и грађанских уговора, односно потрошачких? Друга дилема поставља питање да ли будућа правила треба да се примењује само на уговорне односе између привредних субјеката унутар ЕУ, или је оправдано да се његова примена прошири и на међународну трговину, као и на трговину унутар граница једне државе. Трећа дилема се односи на одређивање субјеката и њихове улоге у процесу кодификације европског уговорног трговинског права. Четврта дилема се односи на одабир мера, које су најадекватније за остваривање циља.

⁷²⁷ J. Smits, „Plurality of Sources in European Private Law, or How to Live With Legal Diversity“, *The Foundations of European Private Law* (eds. Robert Brownsword *et al.*), Oxford 2011, 323.

⁷²⁸ J. Smits (2015), 5.

⁷²⁹ М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд 2013, 20.

⁷³⁰ Тако се планира оснивање Јединственог патентног суда ЕУ – *Unified Patent Court (UPC)*, на основу споразума о Јединственом патентном суду (*Agreement of Unified Patent Court*, OJ C 175, 20.6.2013).

⁷³¹ Carolina Saf, „Private International Law Aspects of Substantive Law Harmonisation“, *Swedish Perspectives on Private Law Europeanisation* 9/2017, 82.

⁷³² J. Smits (2015), 8.

3.1. Јединствено или одвојено регулисање трговинских и других уговора

У процесу кодификације појединих облигационих уговора, јавља се дилема да ли треба, у грађанском законнику, поред класичних грађанскоправних уговора кодификовати и трговинске уговоре. У правној доктрини, пракси и политици ставови су различити. Постоје два основна теоријска приступа, први је теорија јединства грађанског права, а други је теорија двојства, тј. одвојености и самосталности уговорног трговинског права, од своје матице, грађанског права.⁷³³

Представници теорије двојства сматрају да су трговински уговори у потпуности одвојени од грађанскоправних уговора, те нема потребе да се трговински уговори уреде у грађанском кодексу, него би требало да се уреде у трговинском законнику, који би обухватио и статични, односно компанијско право и динамични, односно трговинско право.⁷³⁴ Правници који се залажу за одвојено регулисање грађанскоправних, потрошачких и трговинских уговора истичу следеће аргументе. Прво, циљ привредних и грађанскоправних уговора је потпуно различит, јер привредни субјекти тргују ради остваривања профита, док грађани ступају у уговорни однос ради задовољавања сопствених потреба. С обзиром на различите циљеве, у многим грађанским законцима европских земаља, на привредне уговоре се не примењују нека правила општег уговорног права, као што је правило о прекомерном оштећењу, које се, у већини законика, примењује само на грађанскоправне, али не и на привредне уговоре.⁷³⁵ Друго, код потрошачких уговора слобода избора меродавног права је ограничена, што није случај код трговинских уговора. Избор меродавног права код потрошачких уговора не може за последицу имати лишавање пасивног потрошача⁷³⁶ заштите која му је осигурана одредбама националног права од којих се не може одступити уговором.⁷³⁷ Такође, европске колизионе норме ограничавају слободу избора форме потрошачког уговора.⁷³⁸ Треће, потрошачко право користи велики број когентних норми, за разлику од трговинског права које најчешће користи диспозитивне норме. Коришћење когентних норми има за циљ онемогућавање избегавања загарантованог нивоа потрошачких права, кроз примену принципа слободе уговарања. Четврто, иновативна правила потрошачког права, нпр. право одустанка од уговора и дужност информисања, нису довољно дуго примењивана у судској и пословној пракси, тако да постоје многе дилеме у вези са будућношћу тих правила.⁷³⁹ Оваква правила додатно отежавају јединствено регулисање. Пето, ниво загарантованих права потрошача, пре свега, зависи од политика и циљева ЕУ, тако да су честе промене прописа потрошачког права. Таква нестабилна и динамична материја подобнија је за регулисање посебним правним актима, чија је промена једноставнија и бржа.⁷⁴⁰ Они који се залажу за одвојено регулисање сматрају да је могуће успоставити такав однос између правила трговинских уговора и других уговора, који се међусобно не супротстављају, него допуњују, међутим, то је тешко остварљиво у пракси.

Теорија јединства наглашава да су трговински уговори посебни облици основног типа неког класичног грађанскоправног уговора, те се самим тим суштински не разликују. Постоје општа заједничка правила уговора о купопродаји, јер се у сваком случају продавац обавезује да ће на купца пренети право својине на продату робу, као и да ће му је предати, а на другој

⁷³³ Ј. Салма, 38.

⁷³⁴ *Ibid.*, 40.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ Концепт „пасивног потрошача“ подразумева ситуацију у којој потрошач закључује уговор са привредним субјектом који проводи своје комерцијалне или професионалне делатности у држави у којој потрошач има уобичајено боравиште (Уредба Рим I, члан 6, став 1, тачка а) или када привредни субјект усмерава своје комерцијалне или професионалне активности на државу потрошача, било којим средствима, нпр. кроз рекламирање (Уредба Рим I, члан 6, став 1, тачка б).

⁷³⁷ Уредба Рим I, члан 6, став 2.

⁷³⁸ Уредба Рим I, члан 11, став 4.

⁷³⁹ Борко Михајловић, „Има ли места потрошачким уговорима у новом Грађанском законнику Србије“, *Право и привреда* 4-6/2015, 494.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

страни купац се обавезује да ће заузврат платити цену. Због општих заједничких правила, нема потребе да се трговински уговори парцијално кодификују и потпуно „одвоје“ од матичних грађанскоправних уговора.⁷⁴¹ Ако трговински уговори имају неке посебности, онда их треба уз истицање посебности, регулисати уз матични грађанскоправни уговор. Јединство грађанскоправних и трговинских уговора се оправдава и аргументом о равноправности странака у облигационим односима.⁷⁴² Уговорне стране су једнаке у погледу својих права и обавеза, без обзира на то да ли су обе стране привредни субјекти или нису.

Према теорији јединства, јединствено регулисање има низ предности. Прво, системом јединственог регулисања постиже се свеобухватност. Управо се систему одвојеног регулисања, који тренутно постоји у праву Европске уније, замера да неоправдано изоставља поједине ситуације. На пример, када се потрошач нађе у улози продавца, а привредни субјект у улози купца, као у случају продаје аутомобила од стране физичког лица привредном субјекту који се бави препродајом коришћених возила.⁷⁴³ Уговори између физичких лица, закључени преко интернет платформи за продају као што је *E-bay*, такође стоје изван примене *E-Commerce* директиве.⁷⁴⁴ Такође, поставља се питање оправданости одвојеног регулисања уговора између великих предузећа, са једне стране, и малих и средњих предузећа, односно предузетника, са друге стране. У таквим ситуацијама, фактичка неједнакост између уговорних страна није ништа мања него она између привредног субјекта и потрошача.⁷⁴⁵ Друго, постиже се већа унутрашња кохерентност самог потрошачког права, које се у систему јединственог регулисања, у већој мери ослања на опште принципе уговорног права.⁷⁴⁶ Јединственим грађанским закоником осигурава се „најпотпуније могуће законодавно излагање принципа“ и њихова усклађеност.⁷⁴⁷ Основни недостаци одвојеног регулисања произлазе из чињенице да се у том случају регулисање врши у различито време, од стране различитих аутора, са различитим стилевима и утицајима, не следећи нужно основне идеје и усвајајући противречна решења за исте односе.⁷⁴⁸ Важно је нагласити да јединствени грађански законик не искључује могућност посебног регулисања појединих делова или института, али та правила не могу бити у супротности са правилима јединственог законика. Оваква техника регулисања је суштински различита од оне кад се усвајају противречна правила или се нека од њих понављају. Усаглашеност и систематичност свих грана права из правне фамилије грађанског права, постиже се и увођењем општег дела кодификације, где су уређени општи правни појмови, институти и заједничка начела. У општи део спадају правне норме које регулишу основне појмове статусног права, застарелости, правних послова, заступништва и услова. Одвојено регулисање доводи до повећања броја правних норми, што отежава сазнавање права од стране оних којима је намењено, те их због тога ретко примењују. Јединствена грађанска кодификација представља препреку за прекомерно регулисање друштвених односа. Уместо ефикасног регулисања свих односа у друштву, доношење превеликог броја закона, доводи до губитка ауторитета и поверења у читав правни систем. Зато доношење целовитих закона обезбеђује стабилно уређење друштвених односа.

Два супротстављена приступа овој дилеми, *Acquis* група је покушала да помири увођењем опште формуле која предвиђа да су правила европског потрошачког права применљива на трговинске уговоре, осим ако су у супротности са добром пословном

⁷⁴¹ J. Салма, 39.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Commission Staff Working Document: *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practice*, SEC(2009) 1666, 4.12.2009, 9.

⁷⁴⁴ Директива о електронској трговини.

⁷⁴⁵ Б. Михајловић, 494.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, 492.

⁷⁴⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, „Грађански законик Србије и право Европске уније“, *Актуелна питања грађанске кодификације* (ур. Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић), Ниш 2008, 21.

⁷⁴⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 22.

праксом.⁷⁴⁹ Тако се *Acquis Principles* примењује на целокупно „уговорно право“, а ограничења постоје само у погледу области радног, компанијског, породичног и наследног права.⁷⁵⁰ Исти приступ усваја и нацрт Заједничког појмовног оквира за европско приватно право.⁷⁵¹ Тиме *Acquis Principles* и нацрт Заједничког појмовног оквира стварају предуслове да се правила европског уговорног права, која се зансивају на европском потрошачком праву, примењују и на европско уговорно трговинско право. Примена неких правила *Acquis Principles* и нацрта Заједничког појмовног оквира је ограничена само на потрошачке уговоре, тиме што се једна од уговорних страна одређује као потрошач. На пример, ограничења се односе на правила о дужности информисања.⁷⁵² Ипак, примена неких правила из *Acquis Principles* и нацрт Заједничког појмовног оквира, која имају општу примену, довела би до решења која нису у складу са добром пословном праксом. На пример, релевантна правила *Acquis Principles* и нацрт Заједничког појмовног оквира прописују да одредбе уговора нису обавезујуће, ако оне нису појединачно преговаране.⁷⁵³ Доследна примена тог правила и на трговинске уговоре онемогућила би уговорне стране да се једноставно позову на правила *Incoterms*, *UCP 500-600*, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* и сл.⁷⁵⁴ Иако је реч о правилима која нису у складу са добром пословном праксом, она су уврштена у *Acquis Principles* и нацрт Заједничког појмовног оквира. Може се закључити да би упућивање на добру пословну праксу, као на једини коректив, приликом примењивања правила потрошачког права на трговинске уговоре, довело до правне несигурности, несистематичности и арбитрерности. Појам добре пословне праксе није довољно изграђен да би на јединствен, систематичан и свеобухватан начин прилагодио правила потрошачког права потребама трговинских уговора.

У пракси је најчешће прихваћена теорија „релативног двојства“, јер су законодавци проценили да није оправдано да се трговински уговори регулишу у динамичном делу трговинског законика заједно са питањима статуса привредних друштава.⁷⁵⁵ Преовладало је становиште да трговински уговори треба да буду уређени на јединствен начин заједно са грађанскоправним уговорима у грађанском законнику, док је питање статуса привредних друштава изван корпуса грађанског законика, и треба да буде регулисано у форми посебног трговинског законика. Тако Закон о облигационим односима Републике Србије регулише уговор о купопродаји на јединствен начин, с знаком специјалности, када те уговоре закључују трговци. Од традиционалних грађанских законодавстава тако је у француском (*Code de commerce* из 1807. године поред *Code civil*-а из 1804), немачком (*Handelsgesetzbuch* из 1897. године поред *Bürgerliches Gesetzbuch*-а из 1896) и аустријском (*Handelsgesetzbuch* из 1862. године поред *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*-а из 1811) праву.⁷⁵⁶ С друге стране, у швајцарском грађанском законодавству примењена је теорија о готово „апсолутном“ јединству“ статусног и динамичног облигационог права, у том смислу, што је швајцарски Законик о облигацијама, као релативно одвојени део кодекса грађанског права, инкорпорисао и правила о статусу привредних друштава.⁷⁵⁷ Швајцарски Законик о облигацијама је поред основног типа грађанскоправног уговора регулисао и деривирани привредни облик, са његовим посебностима, и то или путем посебног именовања, или путем диференцирајућих правила у корист трговинских уговора.⁷⁵⁸

⁷⁴⁹ Giuditta Cordero-Moss, “Consumer Protection Except for Good Commercial Practice: A Satisfactory Regime for Commercial Contracts?“, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* (ed. Reiner Schulze), München 2009, 64.

⁷⁵⁰ Вид. *Acquis* принципи, члан 1 : 101 (1), члан 1 : 101 (3).

⁷⁵¹ Вид. НЗПО, члан I. - 1 : 101 (1), члан I. - 1 : 101 (2).

⁷⁵² Вид. *Acquis* принципи, члан 2 : 202; НЗПО, члан II.- 3 : 302.

⁷⁵³ Вид. *Acquis* принципи, члан 6 : 201; НЗПО, члан II.- 9 : 103.

⁷⁵⁴ G. Cordero-Moss, 73.

⁷⁵⁵ J. Салма, 44.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ *Ibid.*, 45.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, 46.

На нивоу Европске уније и међународном нивоу, ситуација је другачија и често се приступа одвојеном регулисању потрошачких уговора од трговинских уговора. Бечка конвенција, која регулише продају роба са елементом иностраности, стриктно је ограничена на трговинске уговоре.⁷⁵⁹ С друге стране, заједничко европско право продаје, као инструмент регионалне унификације, у регулисању односа полази од потрошачких уговора, јер је основни циљ ЗЕПП „постизање високог нивоа заштите потрошача“.⁷⁶⁰ Тек секундарни циљ је пружање помоћи малим и средњим предузећима да остваре више користи од могућности које нуди јединствено тржиште Европске уније. Тако се правила ЗЕПП примењују на трговинске уговоре (*B2B contracts*) само ако је једна од уговорних страна средње или мало предузеће.⁷⁶¹ Ово ограничавање примене ЗЕПП је неразумљиво нарочито имајући у виду да је генерално примена правила ЗЕПП могућа једино ако је споразумно уговорена (*opt-in*). Ипак, у члану 13 ЗЕПП даје могућност државама чланицама да донесу регулативу која отвара пут примени правила ЗЕПП и на трговинске уговоре, код којих ни једна страна није мало или средње предузеће. С обзиром на брзи развој потрошачког права, Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије је заузела став да се одређени грађанскоправни аспекти ове гране права укључе у овај законик, док би остали аспекти који су подложни честим променама били обухваћени специјализованим прописом.⁷⁶²

3.2. Оптимални географски ниво за кодификацију правила продаје

У погледу територијалне примене европског уговорног трговинског права, односно европског трговинског права продаје, поставља се питање да ли будућа правила треба да се примењују само на уговоре са елементом иностраности или и на домаће уговоре. С једне стране, ако се правила европског трговинског права продаје примењују само на унутаревропску трговину, онда су привредни субјекти и даље принуђени да оперишу са два, или чак три,⁷⁶³ различита правна режима. Основни повод развоја европског трговинског права продаје лежи у потреби да се олакша унутаревропска трговина, стога, постоје противљења примени европског трговинског права продаје и на домаће уговоре. У предлогу Уредбе заједничког европског права продаје предвиђена је примена правила и на унутаревропску трговину, док државе чланице имају право опције да предвиде примену заједничког европског права продаје и на домаће уговоре и међународне уговоре.⁷⁶⁴ Занимљива је чињеница да, ако предлог Уредбе ЗЕПП буде усвојен, не би представљао 28. правни режим у Европској унији, него други правни режим у правном систему сваке поједине државе чланице.⁷⁶⁵

Уколико би се европско уговорно трговинско право ограничило само на уговоре унутаревропске трговине, онда је неопходно одредити критеријуме у циљу разликовања домаћих уговора и уговора унутаревропске трговине. За потрошачке уговоре, то би било пребивалиште купца, док би за трговинске уговоре било седиште привредног субјекта. Прибављање ових информација представљало би додатни терет привредним субјектима, што

⁷⁵⁹ Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1981. године (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG*, даље у фуснотама: Бечка конвенција), члан 2, став А. Бечка конвенција донета је 1980. године, а ступила је на снагу 1. јануара 1988. године. Текст Конвенције доступан је на веб страници UNCITRAL-а: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, 18.03.2020. године. Бечка конвенција на српском језику објављена је у Закону о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84.

⁷⁶⁰ ЗЕПП, параграф 7 (*Explanatory Memorandum*).

⁷⁶¹ ЗЕПП, члан 7.

⁷⁶² М. Васиљевић, „Привреда и нови Грађански законик Србије“, *Право и привреда* 4-6/2015, 23.

⁷⁶³ У случају да се ЕУТП не примењује на уговоре код којих једна уговорна страна није држава чланица ЕУ.

⁷⁶⁴ ЗЕПП, члан 13.

⁷⁶⁵ Harry Flechtner, „The history, rationale and ‘enactment architecture’ of the UCC“, *CISG vs. regional sales law unification* (ed. Ulrich Magnus), Munich 2012a, 11.

би даље отежало трговину и довело у питање оправданост постојања ЕУТП.⁷⁶⁶ С друге стране, ако се европско уговорно трговинско право примењује како на унутаревропску трговину, тако и на домаће уговоре, тако да има примат и над националним правом држава чланица, укључујући и заштитне прописе, онда је неопходно да ЕУТП интегрише и обезбеди висок ниво заштите. Ова опција би значајно олакшала унутаревропску трговину и тиме дала значајан подстрек малим и средњим предузећима да тргују на јединственом тржишту. Код трговинских уговора нема потешкоћа за примену правила европског трговинског права продаје како на уговоре унутаревропске трговине, тако и на домаће уговоре. Међутим, ова опција се суочава са потешкоћама код потрошачких уговора, због примене правила европског колизионог права. Тренутно, члан 3 (3) Уредбе *Рим I* прописује обавезну примену домаћих императивних правила у чисто домаћим случајевима, чак иако су уговорне стране изабрале неко друго право. Због тога би било потребно променити и правила европског колизионог права. Код унутар-европске продаје роба, између привредних субјеката, честа је клаузула о избору материјалног права, као и арбитражна клаузула којом се изузима надлежност државног правосуђа и спор се поверава домаћој или међународној арбитражи. Потребно је имати у виду да нови париски модел-закон за арбитражно судовање више не разликује домаће и иностране арбитраже због разлога успостављања јединственог тржишта Европске уније.⁷⁶⁷ Суштина париског модел-закона је у томе да због успостављања заједничког европског тржишта, на простору тог тржишта, ништа није ни домаће ни инострано.⁷⁶⁸

Примена правила заједничког европског права продаје је усмерена конципирана, пре свега, на унутаревропску продају роба. Међутим, правила ЗЕПП допуштају државама чланицама да отворе примену правила ЗЕПП и на међународне и домаће уговоре. Чак и да је усвојен предлог Уредбе ЗЕПП у овом облику, његова правила се не би аутоматски примењивала и на домаће и међународне уговоре, него би државе чланице морале да усвоје прописе који би то омогућавели.⁷⁶⁹ Овакво решење, без примене на домаће и међународне уговоре, би увелико смањило шансе за успех правила ЗЕПП јер би привредни субјекти били принуђени да ускладе своје уговоре и пословање са правилима домаћег, европског и међународног права продаје роба. Пословна пракса захтева једноставна и јединствена правила продаје која се примењују на све уговоре, без обзира на географски ниво, и то по аутоматизму, без потребе уговорања правила као меродавног права. Мало је вероватно да би пословни субјекти изричито уговорили примену ЗЕПП, а искључили примену правила Бечке конвенције. Искуство везано за *UNIDROIT* Принципе међународних комерцијалних уговора говори да привредни субјекти ретко бирају опционе инструменте као меродавно право. Тако у 80% уговора, поводом којих су вођени спорови у оквиру Међународне привредне коморе, постоје одредбе о избору меродавног права, али само 0,8% уговора садржи одредбу којом се уговара примена Принципа међународних комерцијалних уговора.⁷⁷⁰

Приликом одређивања оптималног географског нивоа за регулисање правила продаје, издвајају се три могуће опције. Прва опција се заснива на конкуренцији националних правних режима, тако да би уговорне стране вршиле одабир оног националног правног режима за који сматрају да је најподеснији да регулише њихов трговински однос на унутрашњем европском тржишту. Друга опција претпоставља усвајање јединственог сета правила од стране институција Европске уније, у облику опционог инструмента или јединог правног режима. Трећа опција отвара могућност да правила Бечке конвенције регулишу унутаревропску продају роба. Предности и мане прве и друге опције су разматране у више наврата, док ће трећа опција бити доле анализирана.

⁷⁶⁶ Ch. Twigg-Flesner (2008), 161.

⁷⁶⁷ J. Салма, 52.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ ЗЕПП, чл. 14 и 15.

⁷⁷⁰ Ingeborg Schwenzer, „The proposed common European sales law and the Convention on the International Sale of Goods“, *Uniform Commercial Code Law Journal* 44/2012, 481.

Снажан аргумент за трећу опцију лежи у чињеници да у 23 од 27 држава чланица ЕУ Бечка конвенција представља део правног система. Осим тога, Бечка конвенција је била извор инспирације за различите необавезне инструменте на нивоу ЕУ, као што су Ландова начела и нацрт Заједничког појмовног оквира, као и правно обавезујуће изворе, као што је Директива о продаји потрошачке робе и гаранцијама. С обзиром на то да су правила директиве имплементирана у свим државама чланицама ЕУ, правила која вуку корен из Бечке конвенције постала су саставни део правног режима који регулише унутрашњу продају потрошачке робе. Имајући то у виду Улриха Магнус предлаже да све државе чланице ЕУ или Европска унија, као посебан правни ентитет, ратификују Бечку конвенцију без икаквих резервација, тако да регулише и унутаревропску продају роба. Уз то, она предлаже и да Бечка конвенција настави да буде снажан извор инспирације за будуће радове из области европског уговорног трговинског права.

Међутим, институције Европске уније су изразиле скептичност у меморандуму ЗЕПП, у погледу могућности да Бечка конвенција буде директни извор за регулисање унутаревропске продаје роба, јер Бечка конвенција оставља важна питања изван њеног делокруга, као што су: недостаци воље странака, пуноважност уговора и непоштени услови пословања.⁷⁷¹ Даља ограничења за применљивост Бечке конвенције на унутаревропску продају роба, огледају се у чињеници да нису све државе ЕУ ратификовале конвенцију,⁷⁷² нити постоји судски механизам који би могао да осигура јединствено тумачење Бечке конвенције. Непотпуна ратификација Бечке конвенције од стране држава ЕУ доводи до одређене неравнотеже ако стране нису спаразумно одредиле меродавно право. Тако, ако је продавац из Немачке, а купац из Енглеске, онда ће уговор бити регулисан Бечком конвенцијом, међутим, ако је продавац из Енглеске, а купац из Немачке, онда ће се примењивати енглеско право.⁷⁷³ Теоретичари истичу да је одустајање од Бечке конвенције у ЗЕПП логично, имајући у виду да је могуће остварити снажнију унификацију на нивоу Европске уније, него на глобалном нивоу, јер су разлике између европских правних система далеко мање него на глобалном нивоу.

При упоређивању Европске уније са САД, у контексту развоја уговорног трговинског права, неопходно је нагласити да су САД историјски, политички, правно, а нарочито језички, далеко уједињеније од Европске уније. Ипак, честа је примена колизионих норми, којим се одређује меродавно право државе чланице на уговорни однос привредних субјеката унутар САД, јер нису сва питања хармонизована кроз Јединствени трговински законик (*Uniform Commercial Code - UCC*). Овакво искуство САД, указује да европско уговорно трговинско право неће заменити национално уговорно трговинско право. Управо поређење са Јединственим трговинским закоником даје нам слику докле може да иде развој европског трговинског права продаје. Иако назив Јединственог трговинског законика (ЈТЗ) сугерише да је усвојен од стране савезне државе као законик, ипак је то модел-закон и сам по себи нема правну обавезност.⁷⁷⁴ ЈТЗ је био написан и објављен 1952. године од стране Америчког института за право, који је приватна организација, док је касније био усвојен од стране свих држава унутар САД. Према члану 2 ЈТЗ, примена овог правног инструмента је обавезна код уговора унутар-САД трговине, док се за уговоре са међународним елементом примењује Бечка конвенција.⁷⁷⁵ Важно је нагласити да се на уговоре унутар државе чланице САД примењује право те државе чланице, док је Луизијана усвојила ЈТЗ као своје државно право.⁷⁷⁶ Управо из позиције развоја и примене ЈТЗ можемо конципирати и предвиђати

⁷⁷¹ Н. Flechtner, „The U.S. experience with the UCC and CISG: Some insights for the proposed CESL“, *CISG vs. regional sales law unification* (ed. U. Magnus), Munich 2012b, 11.

⁷⁷² Велика Британија, Португал, Ирска и Малта.

⁷⁷³ Ulrich Magnus, *Action plan for a European contract law: European contract law and CISG*, 2003, доступно на: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-35.pdf, 20.10.2017, 3.

⁷⁷⁴ U. Magnus, „Introduction“, *CISG vs. regional sales law unification* (ed. U. Magnus), 2012, 3.

⁷⁷⁵ Miriam Parmentier, „Uniform Sales Law – encyclopedia entries“, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (ed. Wolfrum Rüdiger), Oxford 2012, 43.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

будући развој европског уговорног трговинског права и европског трговинског права продаје. Сличан случај је у Аустралији, која је ратификовала Бечку конвенцију као савезна држава, док су савезне јединице уредиле право продаје према Енглеском акту о продаји роба из 1893. године.⁷⁷⁷

Општи закључак, који се може изести из америчког искуства, је да ниво уједначавања и кодификације трговинског права (продаје), који је остварив и одржив, увелико зависи од два фактора, а то је воља и спремност пословне и академске заједнице да поднесу терет изградње новог кодификованог трговинског права, као и од степена политичке спремности да се прихвати нова заједничка кодификација трговинског права.⁷⁷⁸ У САД иницијатива за израду и усвајање Јединственог трговинског законика обезбедила је подршку пословне и академске заједнице, због њихове свести о предностима јединствених правила трговинског права, као и спремност политичких фактора да истрају у захтевима да се текст ЈТЗ усвоји као правно обавезујући од стране свих савезних држава.

Након усвајања, Јединствени трговински законик је постао опште прихваћен у академској и пословној заједници, што се никад није десило са правилима Бечке конвенције. Разлог за неприхватање Бечке конвенције лежи, између осталог, у начину његовог усвајања који је применио приступ „од врха према доле“, тако што је федерална држава ратификовала Бечку конвенцију и увела је у национални правни систем. Тиме је заобиђен традиционални приступ изградње трговинског права, кроз изградњу, прихватање и усвајање правила „од доле према врху“. Перцепција да су правила Бечке конвенције страни елемент у националном правном систему, као и могућност да се лако искључи примена истих, довела је до непримењивања правила Бечке конвенције у реалном животу. Резервисаност према Бечкој конвенцији огледа се у ставу Федералног суда да је „федерална држава предузела кораке да поправи нешто што није покварено, тиме што је усвојила Бечку конвенцију, која се у многим стварима разликује од правила Јединственог трговинског законика“.⁷⁷⁹ Ипак, прихватање Бечке конвенције у САД се померило са мртве тачке, тако што су нове генерације америчких правника, које су изучавале правила Бечке конвенције на факултетима, почеле да раде и примењују правила Бечке конвенције у реалном животу.

Горе наведена чињеница је потврда тезе да изградња европског трговинског права (продаје) мора да иде од дна према врху, укључивањем што ширег круга заинтересованих субјеката, и кроз истрајну политику вођења процеса кодификације. Зато можемо претпоставити да би усвајање предлога Уредбе Заједничког европског права продаје или нацрт Заједничког појмовног оквира за европско приватно право, од стране институција Европске уније, доживело сличан неуспех, као што је то случај Бечке конвенције у САД. С обзиром на *opt-in* метод примене ЗЕПП, шансе за успех су још мање него код Бечке конвенције која примењује *opt-out* метод.⁷⁸⁰

Кроз искуство које је стекао у изради Кејптаун конвенције из 2001. године (*Cape Town Convention*) и Хашке конвенције из 2002. године (*Hague Convention*), Рој Гуд (*Roy Goode*) је идентификовао кључне услове за успех конвенција, који се у доброј мери подударaju са горе наведеним. Први услов се огледа у неопходности избегавања нереалних циљева. Боље је имати ограничене циљеве, које је могуће остварити, него грандиозне циљеве који су недостижни.⁷⁸¹ Тако су наведене конвенције ограничене на трговинске уговоре (*B2B*), јер су потрошачки уговори већ детаљно регулисани уз значајну употребу императивних норми. Такође, конвенције су ограничене на прекограничне послове, јер су државе спремније на компромисе ако се ради о прекограничним пословима, него када је реч о пословима унутар

⁷⁷⁷ U. Magnus, 3.

⁷⁷⁸ H. Flechtner (2012b), 22.

⁷⁷⁹ United States District Court for the Southern District of New York, 91 Civ. 3253 (CLB), *Filanto, S.p.A., Plaintiff, v. Chilewich International Corp.*, 1992, доступно на: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html>, 06.07.2019

⁷⁸⁰ H. Flechtner (2012b), 24.

⁷⁸¹ Roy Goode, „Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation“, *Electronic Journal of Comparative Law*, 7.4/2003, доступно на: <https://www.ejcl.org/74/art74-1.html>, 6.7.2019.

граница једне државе. Осим тога, унификацији правила на међународном нивоу се приступа, не због чињенице да постоје различита национална правила, него због чињенице да су она у потпуности неадекватна за регулисање прекограничних послова. Други услов се односи на значај учествовања свих заинтересованих страна у процесу усвајања текста јединствених правила. Традиционални метод подразумева израду текста јединствених правила, од стране радне групе коју чине стручњаци, који се накнадно шаље заинтересованим странама, ван стручне групе, ради консултација и давања сугестија на текст.⁷⁸² Међутим, консултације нису исто што и учествовање. Квалитет пројекта значајно расте, ако лица, која имају практично искуство у датом сектору, учествују од самог почетка у пројекту. При томе, није неопходно да лица буду правнички образована, него је потребно да буду посвећена тимском раду ради јасног описивања проблема и проналажења ефикасног решења. Само у том случају могуће је доћи до сета правила која одговарају потребама реалног живота. Трећи услов дефинише потребу да се процес израде сета правила убрза, тако што ће се између службених седница стручне групе, одржавати стална комуникација између свих учесника процеса, док би стална тела у пројекту, имала право да усаглашене ставове уносе у нацрт текста јединствених правила.⁷⁸³ Четврти услов се односи на лидерство при изради и усвајању текста јединствених правила. С једне стране, потребан је искусан правник са визијом, који може да осмисли и води комплетан процес израде јединствених правила, уважавајући интересе свих заинтересованих страна. С друге стране, потребно је политичко лидерство да се један такав текст усвоји, а касније и имплементира. Уважавајући све наведене услове, очигледно је да је процес кодификације европског трговинског права (продаје) на крају почетка, али да предстоји дугогодишњи рад на изради правила која ће задовољити потребе пословне заједнице, као и на обезбеђивању политичких услова за прихватање јединствених правила.

3.3. Субјекти кодификације европског трговинског права (продаје)

3.3.1. Национална држава као субјект изградње европског трговинског права

Процес кодификације европског трговинског права (продаје) одвија се кроз активности различитих субјеката. Најзначајнији субјекти су органи држава чланица и регија, законодавне институције Европске уније, судови, међународне организације и академска заједница. Тешко је категоризовати субјекте који су узели активну улогу у регулисању унутаревропске продаје роба, с обзиром на разноврсност њихових овлашћења, начин рада, карактер аката које усвајају, те ниво са којег делују. При свом раду субјекти креирају како правно обавезујуће акте, тзв. *тврдо* право, тако и правно необавезујуће акте, тзв. *меко* право. На пример, Европска унија у оквиру својих институција усваја уредбе и директиве, које спадају у „тврдо право“, као и мишљења, директиве, препоруке, акционе планове, бела књига и сл. који спадају у „меко право“. Такође, као коначан резултат активности међународних владиних организација може доћи до усвајања правно обавезујућих конвенција, али и до усвајања инструмента „меког права“.

Национална држава усваја законе и подзаконске акте којим регулише, између осталог, уговорно трговинско право, као одраз националног суверенитета, културног и етничког идентитета, али и поделе надлежности између Европске уније и држава чланица. Под појмом закон, у формалном смислу, подразумевају се општи правни акти који су усвојени у законодавној процедури, прописаној уставом. Осим посебних трговинских закона, и грађански закони се примењују на сва питања за која трговински закони нису предвидели посебна решења. Општи прописи којима се уређују послови трговинског права налазе се или у трговинским законима или су јединствени у оквиру грађанског законика. У формалном смислу закон подразумева и међународне конвенције, које прописаном ратификацијом од парламента добијају снагу закона и које судови примењују непосредно, осим ако је на основу

⁷⁸² *Ibid.*, 5.

⁷⁸³ *Ibid.*, 6.

њих донет посебан закон.⁷⁸⁴ Најрелевантнија међународна конвенција за овај рад је Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године. На треће место, долазе подзаконски акти као нормативни акти извршне и управне власти, на пример, уредбе, правилници, наредбе, закључци и одлуке.⁷⁸⁵ Ови подзаконски акти, за разлику од грађанског права, имају велику улогу у трговинском праву, због динамичности односа који се регулишу.

Једна од главних особина развоја савременог уговорног трговинског права у Европској унији јесте денационализација, у смислу све ближег приближавања некада јасно одвојених правних система националних држава, кроз процес хармонизације и европеизације грађанског права у целини. Улога националне државе се мења, тако да јој је остављено да у оквиру свог националног правног система слободно одабере начин имплементације директиве, као претежног инструмента институција Европске уније за хармонизацију грађанског права. Директивама се одређују битни елементи посебних грађанскоправних института, у циљу остваривања одређеног нивоа њихове усклађености који је нужен за несметано функционисање јединственог тржишта. Слабљење улоге националне државе последица је све израженијег јачања заједничког тржишта, које захтева уједначене или усаглашене правне инструменте. Ипак, тренутно стање уговорног трговинског права у Европској унији је и даље доминантно одређено националним прописима, док је у области потрошачког права Европска унија однела превагу.

Унутар-ЕУ трговински однос је нормиран у оквиру вишеслојног правног система који егзистира у Европској унији, а чије одредбе потичу са националног, европског и међународног нивоа. Иако усвојене од стране различитих субјеката, оне у свом јединству дају правни режим који регулише све аспекте трговинског односа на јединственом тржишту ЕУ. На уговор о продаји робе на јединственом тржишту, између привредних субјеката, као материјално право, ако странке уговором нису одредиле меродавно право, примењује се право државе чланице на коју упућују колизионе норме Уредбе *Рим I*. Уколико колизионе норме упућују на право државе која је ратификовала Бечку конвенцију, онда Конвенција представља саставни део националног правног система, те се примењује на дати однос. С друге стране, Уредба *Рим I* даје право уговорним странама да споразумно одреде меродавно право. Важну улогу има и Уредба *Брисел I* којом се одређује из које су државе чланице судови у чијој је надлежности одлучивање у грађанским и трговинским споровима с међународним елементом.⁷⁸⁶ Поред тога, Уредбом се утврђује и да се судска одлука, као и решење о извршењу судске одлуке, донесена у држави чланици признаје у другим државама чланицама без потребе за било каквим посебним поступком. Такође, Уредба *Брисел I* даје слободу странкама да споразумно уговоре „...да суд или судови државе чланице имају надлежност у решавању спорова који су настали или могу настати у вези са одређеним правним односом...“.⁷⁸⁷ Из овог приказа види се целовита слика различитих извора права проистеклих из области материјалног, процесног, колизионог и јавног права, и то са различитог нивоа регулисања.

Стварање европског грађанског права је један од најважнијих развојних процеса у области права Европске уније.⁷⁸⁸ Делови грађанског права (облигационо, стварно, породично и наследно) традиционално се сматрају да су под надлежношћу држава чланица. Међутим, Европска унија је постепено почела да улази и у ову област. Први кораци су предузети кроз активност у области заштите слободне конкуренције на јединственом тржишту, усвајањем уредби на основу чл. 81 и 82 Уговора о оснивању Европских заједница. Прописи права

⁷⁸⁴ М. Васиљевић (2018), 35.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Уредба о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима из 2012. године – *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351, 20.12.2012.*

⁷⁸⁷ *Ibid.*, члан 25.

⁷⁸⁸ Horst Eidenmuller *et al.*, „The common frame of reference for european private law – Policy choice and codification processes“, *Oxford Journal of Legal Studies* 28/2008, 659.

конкуренције имају изузетно важну улогу у остваривању циљева јединственог тржишта, с обзиром на то да ограничавајући споразуми између привредних субјеката о подели тржишта и искључивим облицима пословања, те злоупотреба доминантног положаја, могу значајно отежати слободу трговине међу државама чланицама, па и онемогућити приступ тржишту привредним субјектима из других држава чланица. Овим прописима, између осталог, извршена је хармонизација услова и стандарда за склапање уговора о дистрибуцији, тачније вертикалних споразума.⁷⁸⁹ Тиме је Европска унија закорачила на поље грађанског права које је до тада сматрано као искључива надлежност држава чланица. Други и још одлучнији корак, Европска унија је предузела у области потрошачког права. Након усвајања низа директива и објављивања низа радова, као што су Ландова начела и Нацрт заједничког појмовног оквира, очигледно је да Европска унија претендује да измени постојећи распоред надлежности.

3.3.2. Европска унија као носилац развоја трговинског права

Европска унија, у својој целовитости, представља „вишеслојни систем политичког управљања“.⁷⁹⁰ Разумевање суштине Европске уније није могуће постићи полазећи од класичних категорија државе и права, те је зато неопходно приказати јединствену архитектуру у оквиру које се остварују постављени циљеви. За разлику од хијерархије правних норми и доносиоца, која је карактеристична за класични систем политичког управљања, Европску унију карактерише мноштво доносиоца норми и одсуство хијерархије међу њима. У вишеслојном систему политичког управљања ЕУ, губи се суверенитет националних држава, али и даље задржавају велики значај. Тако, институције ЕУ усвајају директиве, али државе чланице дају им „живот“ кроз усвајање мера за њихову имплементацију. Поред ЕУ и националног нивоа, овај вишеслојни систем, обухвата и субнационални, интернационални и аутономни ниво управљања (*Lex mercatoria*).

Вишеслојна структура Европске уније тражи структуру трговинског права (продаје) која може да ослика мношину „нормативних креатора“ и одсуство чврсте хијерархије међу нормама. Сам термин „вишеслојни систем управљања“⁷⁹¹ је позајмљен из социологије и односи се на феномен где су различити нивои управљања (субнационални, национални, транснационални, интернационални) умрежени кроз политику координације и интеракције. Са становишта права, битна особина „вишеслојног система управљања“ је чињеница да појединачни правни пореци, у оквиру вишеслојног система, не делују независно један од другог.⁷⁹² С обзиром на то да су надлежности за регулисање одређеног правног односа, као што је трговински однос, смештени на различите нивое управљања, и да ниједан ниво нема искључиву надлежност за регулисање, важно је да механизам координације и интеракције између различитих нивоа регулисања, функционише без потешкоћа.

Обезбеђивање несметаног функционисања јединственог тржишта у значајној мери зависи и од сарадње између Суда правде ЕУ и националних судова, као конститутивних елемената вишеслојне структуре Европске уније. Национални судови, кад примењују право Европске уније, морају да их тумаче на „аутономан начин“. Национални судови не смеју да се ослоне на национално тумачење правних института, него њихово тумачење мора да буде у складу са терминологијом и циљевима права Европске уније. Без „аутономног тумачења“ одредбе права Европске уније би имале различите ефекте у различитим државама чланицама. Како би се осигурала ефикасност и уједначена примена права Европске уније, осмишљена је

⁷⁸⁹ Вертикални споразуми су врста уговора о искључивој и селективној дистрибуцији, код којих привредни субјекти не делују на истом нивоу производње односно дистрибуције.

⁷⁹⁰ M. Jachtenfuchs, 245.

⁷⁹¹ Gary Marks, „Structural policy and multi-level governance in the EC“, *The State of the European Community: The Maastricht Debate and Beyond* (eds. A. Cafurny, G. Rosenthal), New York 1993, 391-411.

⁷⁹² L. Miller, 154.

процедура „претходног поступка“ на основу члана 267 УФЕУ, којим се даје право националном суду да се обрати Суду правде ЕУ са захтевом за појашњење тумачења права Европске уније. На пример, кроз захтев за проверу усклађености националног права с правом Европске уније – Суд правде ЕУ на захтев не одговара тек давањем мишљења, већ доноси пресуду или образложено решење, којег је национални суд, обавезан да се држи. Пресуда Суда на исти начин обавезује и друге националне судове, који имају исте или сличне дилеме у вези са тумачењем права Европске уније. Ефикасност целог правног система Европске уније зависи од рада националних судова. У томе се осликава природа вишеслојног система управљања, који се заснива на чињеници да ниједан фактор нема доминантан положај, него да је реч о систему сарадње и координације. Чак и принцип супрематије права ЕУ мора се тумачити у контексту вишеслојног система у коме не постоји хијерархија, него координација.⁷⁹³

Од краја 60 година прошлог века, у западној Европи, уследила је замена концепта „националне државе“ новим концептом „регулаторне државе“. Развојем социјално-тржишне привреде, првенствено у Немачкој, држава постаје, пре свега, регулатор односа на тржишту. Овај концепт се заснива на принципима неповредивости приватне својине и слободне конкуренције, али правилно констатује да несавршености тржишта могу креирати непожељне односе у друштву, тако да постоји неопходност постојања државе која ће отклонити недостатке тржишта као таквог. Како основна улога државе постаје регулисање услова на тржишту, а са друге стране, тече процес успостављања јединственог тржишта ЕУ, институције Европске уније преузимају примат од држава чланица у погледу доношења прописа којим се регулише јединствено тржиште.

Промена природе државе и односа између држава чланица и Европске уније, одразила се и на грађанско право. Грађанско право је постало подређено остварењу основног циља Европске уније, а то је обезбеђивање несметаног функционисања јединственог тржишта. Савремено европско грађанско право није оно које је садржано у великим грађанским кодификацијама, као што је то био случај у ери националних држава, него добија облик „регулаторног“ грађанског права, који одговара концепту „регулаторне државе“. Овај процес прати опадање значаја националног трговинског права, јер се већина трансакција одвија ван граница националне државе, и пораст значаја Европске уније, као тржишне државе (*EU Market State*), која ствара ново „регулаторно“ трговинско право кроз усвајање уредби и директива, али и кроз сарадњу са недржавним ентитетима и интеракцију са државама чланицама.⁷⁹⁴ За разлику од традиционалног уговорног права које садржи општа правила која се примењују на све уговоре, регулаторно „грађанско“ право је секторско, тако да је примена правила ограничена на одређену врсту уговора. Поставља се питање да ли у модерној регулаторној држави, односно Европској унији као „тржишној држави“, уопште има потребе за кодификацијом грађанског права, какве су постојале раније. У случају да је одговор афирмативан, онда је неопходно дефинисати нову структуру грађанског и трговинског права, која одговара висшеслојном систему политичког управљања Европске уније.

3.3.3. Међународне организације и академска заједница

Сви покушаји да се трговинско право националним кодификацијама сабије у националне оквири показали су се безуспешним, јер је трговина успешно превазилазила постављене баријере кроз спонтани развој правила аутономног права, чиме је показала да може бити само интернационална.⁷⁹⁵ Европско трговинско право ствара се и активношћу

⁷⁹³ *Ibid.*, 158.

⁷⁹⁴ Н.-W. Micklitz, 83.

⁷⁹⁵ М. Васиљевић (2018), 31.

међународних владиних организација, међународних невладиних организација и професионалним удружењима трговаца и привредника, те академске заједнице.

Међународне међувладине организације су ентитети основани међународним уговором, у чије чланство улазе јавноправни субјекти међународног права и који поседују сталне органе и правни субјективитет одвојен од држава чланица. Међународне владине организације су субјекти међународног права који, за разлику од држава немају општу надлежност за доношење својих одлука, већ се руководе принципом специјализације (*principle of speciality*), односно изричито делегираних овлашћења.⁷⁹⁶ У свом раду оне најчешће, као што је то случај у раду *UNIDROIT*, полазе од утврђивања потребе за реформом поједине правне области или питања, након чега предузимају радње у циљу конципирања нацрта унификованих правила, који се у дипломатској фази процеса усвајања правила, разматра и утврђује коначан текст, који се потом шаље дипломатској конференцији на усвајање, чиме постаје правно обавезујући. У свом раду оне усвајају како правила „тврдог права“, тако и правила „меког права“. Најпознатије међународне владине организације су Међународни институт за унификацију приватног права (енг. *International Institute for the Unification of Private Law*, у даљем тексту: *UNIDROIT*),⁷⁹⁷ Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (енг. *United Nations Commission on International Trade Law*, у даљем тексту: *UNCITRAL*),⁷⁹⁸ Међународна организација рада (енг. *The International Labor Organization, ILO*), Хашка конференција за међународно приватно право (енг. *Hague Conference on International Private Law*),⁷⁹⁹ Светска организација за интелектуалну својину (енг. *The World Intellectual Property Organization, WIPO*), Савет Европе (енг. *Council of Europe*), Економска комисија УН за Европу (енг. *United Nations Economic Commission for Europe*)⁸⁰⁰.

Иако је тешко одредити дефиницију која би обухватила све аспекте и карактеристике невладиних међународних организација, ипак се могу дефинисати као професионалне независне организације чији је главни циљ промовисање заједничких циљева на националном или међународном нивоу. За разлику од међународних владиних организација, оне не настају путем међународног уговора, нити у свом чланству имају субјекте међународног права. Ипак, те организације и удружења су често креатори нацрта правила која се касније усвајају на међународним конференцијама или у оквиру међувладиних међународних организација. Као најзначајније невладине међународне организације сматрају се: Међународна трговинска комора (енг. *International Chamber of Commerce*, у даљем тексту: МТК), Међународна поморска организација (енг. *Comite Maritime International – CMI*),

⁷⁹⁶ Тања Мишчевић, „Међународне владине организације – савремена пракса као израз самосталне воље“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016, 132.

⁷⁹⁷ Најзначајнији нормативни резултати ове организације су: Међународне конвенције о уговорима о превозу из 1970. године, Конвенција о заступању у међународној продаји робе из 1983. године, Конвенција о међународном финансијском лизингу из 1988. године, Конвенција о међународном факторингу и Конвенција о међународном финансијском лизингу из 1988. године. Принципи *UNIDROIT* за међународне трговинске уговоре (енг. *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, у даљем тексту: Принципи *UNIDROIT*) послужили су као инспирација за доношење других правних инструмената и хармонизације укупне материје трговинског права.

⁷⁹⁸ Најзначајније конвенције усвојене у раду ове организације су: Конвенција УН о међународној продаји робе из 1980. године и Конвенција о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе из 1974. године. Најзначајнији модел-закони и модел-правила су: Модел-закон о међународној трговинској арбитражи из 1985. године, Модел-закон о набавкама добара и радова из 1993. године, Модел-закон о набавкама добара, радова и услуга из 1994. године, Модел-закон о електронској трговини из 1996. године, Модел-закон о прекограничној инсолвенцији из 1997. године, Модел-закон о међународном трговачком мирењу из 2002. године, и Модел-закон о јавним набавкама из 2011. године.

⁷⁹⁹ Најзначајније конвенције усвојене у раду ове организације су: Конвенција о меродавном праву код међународне продаје робе из 1955. године, Једнообразни закон о закључивању уговора о међународној продаји теласних покретних ствари и Једнообразни закон о међународној продаји теласних покретних ствари из 1964. године.

⁸⁰⁰ Под њеним окриљем утврђени су Женевски општи услови и типски уговори за међународну продају различите врсте робе.

Удружење за међународно право (енг. *International Law Association*), Европски правни институт (енг. *The European Law Institute*).⁸⁰¹

Од посебног значаја је рад Међународне трговинске коморе, која је основана 1919. године у Паризу. Њено чланство чине трговинска друштва и удружења из више од 130 земаља, а циљ МТК је развијање отворене међународне трговине и инвестиција и тржишне економије ради постизања општег мира и просперитета.⁸⁰² Њен најпознатији подухват су Инкотермс (*Incoterms*) – правила којима се регулише значење термина који су уобичајени у међународној трговини. У оквиру нормативне активности, посебан значај имају и Једнообразна правила и обичаји за документарни акредитив, ревидирана 2006. године, Једнообразна правила за инкасо из 1996. године, Једнообразна правила за гаранције на први позив из 2010. године, Једнообразна правила за форфетинг из 2012. године, итд. У оквиру модел уговора, значајно место заузима Модел међународног продајног уговора, Модел међународног уговора о дистрибуцији, Модел међународног уговора о заступању, Модел међународног франшизинг уговора.

Процес унификације и кодификације европског (трговинског) права од стране професионалних невладиних организација се већ препознаје као доминантан и означава се као „приватна кодификација“ или „незаконодавна кодификација“.⁸⁰³ Кодификација европског права, чији су главни носиоци међународне невладине организације, удружења као и разне експертске групе, спроводи се на основу аутономије воље заинтересованих субјеката, да би се постигла већа једнообразност релевантних правних правила без формалног поступка унификације државног права.⁸⁰⁴ Најзначајније експертске групе су *Acqui-Group*, Европска комисија за уговорно право, Студијска група за Европски грађански законик. Ипак, у позадини сваког колективитета и колективног подухвата стоје замисли и стваралачка енергија појединаца, који су, по правилу, угледни правници.⁸⁰⁵ Тако је за израду Бечке конвенције заслужан професор Ернест Рабел (*Ernst Rabel*), док се професору Ланду приписују заслуге за израду Начела европског уговорног права. Иза Студијске групе за Европски грађански законик стоји професор Кристијан вон Бар (*Christian von Bar*), који је уједно и председавајући управног одбора Студијске групе, тако се често ова студијска група назива Барова група.

Из горе наведеног, произлази да нова *lex mercatoria* настаје и развија се кроз активност међувладиних организација попут *UNCITRAL* и *UNIDROIT*, професионалних удружења попут МТК и *ad hoc* академских група. Као таква, *lex mercatoria* представља скуп разнородних извора којима настоји да се стандардизује међународна трговинска пракса. Нова *lex mercatoria* на путу свог развоја, суочиће се са изазовом разбијања стега насталих усвајањем националних кодификација, као и са изазовом разбијања повећаног уплива државе на привредне токове, кроз продор јавног права у приватно право.⁸⁰⁶

3.4. Начини изградње европског трговинског права (продаје)

3.4.1. Негативна хармонизација

Остваривање идеје заједничког европског грађанског права, па тако у оквиру њега и европског трговинског права (продаје), интензивирало се последњих година XX века и почетком XXI века. Међутим, први кораци ка приближавању националних правних система предузети су у првим декадама након оснивања Европских заједница. Оквирно говорећи, досадашњи покушаји изградње могу се поделити у четири категорије, с обзиром на

⁸⁰¹ Независна организација са седиштем у Паризу, основана 2011. године као европски пандан Америчког правног института.

⁸⁰² М. Станивуковић, 71.

⁸⁰³ Вид. N. Jansen (2010).

⁸⁰⁴ М. Станивуковић, 63.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, 65.

⁸⁰⁶ М. Васиљевић (2018), 31.

доминантан метод. У првим декадама заједничке институције су примењивале метод „негативне хармонизације“, у деценијама након тога се примењује метод „позитивне хармонизације“ путем директива, да би последње деценије биле обележене покушајима унификације кроз усвајање уредби. Паралелно са овим процесима, траје и процес стварања „меког права“ европског трговинског права, као нова *lex mercatoria*.

Метод негативне хармонизације је карактеристичан за ниже степене економске интеграције, као што су: зона слободне трговине, царинска унија и заједничко тржиште. Остваривање ових нивоа економске интеграције могуће је постићи посредством метода негативне хармонизације. Метод негативне хармонизације односи се на укидање националних прописа и мера којима се омета остваривање циљева ЕУ. Овај метод заснива се на тзв. забрањујућим одредбама Уговора, као што су чл. 30,⁸⁰⁷ 34, 35 УФЕУ. Негативном хармонизацијом постиже се приближавање националних прописа, уз суздржавање законодавца Европске уније од доношења нових прописа, кроз „креативно“ тумачење забрањујућих одредби од стране Европског суда правде. При томе, суд нема овлашћење да спорне националне прописе прогласи ништавим, него их проглашава противним ЕУ праву и сугерише националним судовима да га не примењују у конкретном случају. Иако Лисабонским уговором није прописано каква су дејства претходног питања ЕСП, опште прихваћено је да су она обавезујућа за националне судове, посебно када је пресудом ЕСП одлучивао о правној ваљаности националног правног акта.⁸⁰⁸ Национални судови се генерално држе резоновања из пресуда ЕСП, тако да је могуће говорити само о условном укидању националних прописа и мера.⁸⁰⁹

Одлучујући о допуштености оспорене националне мере, Европски суд правде је најчешће налазио да је оспорена национална мера противна слову, па чак и духу Оснивачких уговора или секундарних прописа донетих на основу њега. Како је успостављање заједничког тржишта било, у претежном делу, остварљиво уклањањем препрека слободној трговини које представљају националне мере, Европски суд правде је у серији случајева поштрио критеријуме допуштености националних мера. Тако је у случају *Dassonville*, заузео став да се... „сваки трговински пропис држава чланица који је способан да омета, директно или посредно, стварно или потенцијално, трговину унутар Заједнице, има сматрати мером с истим дејством као квантитативно ограничење“⁸¹⁰. Овај навод је у правном свету познат као „формула *Dassonville*“. Овим је Суд потврдио да је битан учинак и дејство оспорене мере, а не нужно њена форма. Такође, да би мера била „ухваћена“ у забрану, довољно је утврдити да одређена мера има способност да потенцијално ограничи слободан промет робе, а не и да нужно ограничава трговину. У следећем водећем случају *Cassis*,⁸¹¹ који се надовезује на

⁸⁰⁷ Вид. УФЕУ, члан 30: „Забрањују се увозне и извозне царине и дажбине које имају једнако дејство између држава чланица. Ова забрана односи се и на царинске дажбине фискалне природе.“

⁸⁰⁸ Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, „Претходно питање пред Европским судом правде“, *Српско право и међународне судске институције* (ур. Јован Ћирић), Београд 2009, 185-213, 195.

⁸⁰⁹ Н. Мисита, *Настанак и развој Европских заједница*, Сарајево, 2010, 76.

⁸¹⁰ Вид. Изреку пресуде у случају C-8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837, 5.

⁸¹¹ Странке у поступку били су трговачко друштво *Rewe-Zentral AG* и немачка Савезна управа за монопол (*Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*). У поступку су били оспорени немачки савезни прописи који забрањују продају ликера који имају мање од минимално 25% алкохола. Тако је трговачком друштву *Rewe-Zentral AG* ускраћено право на дозволу за увоз предметног ликера, од стране Савезне управе за монопол уз образложење да *Cassis de Dijon* ликери садрже 15-20% алкохола. На подручју Француске, *Cassis de Dijon* ликери су продавани без ограничења. Решавајући о овом питању, немачки Финансијски суд упутио је претходно питање Европском суду правде: „Може ли се појам мера које имају слично дејство као и квантитативна ограничења из члана 30 УЕЕЗ (сада члан 34 УФЕУ) разумети тако да одређивање минималног алкохолног садржаја у пићима према немачком пропису, чији је учинак да се традиционални производи из других држава чланица чији је алкохолни садржај испод тог минимума не могу ставити у промет у Немачкој, такође улази у опсег тог појма?“ Суд је одбио образложење немачке владе, као умешача, која је покушала оправдати оспорени пропис заштитом јавног здравља и заштитом потрошача од непоштене трговинске праксе. Немачка влада је тврдила да алкохолна пића с мањим процентом алкохола брже изазивају толеранцију на алкохол, што лоше делује на јавно здравље. Такође, изнесен је став да ће увоз јефтинијег и блажег ликера довести до неправичне предности овог ликера над скупљим немачким производима, што представља повреду

случај *Dassonville*, ЕСП је установио и развио начело забране различитог третмана домаћих и страних производа, принцип узајамног признавања, те концепт дозвољених изузетака. Тада је ЕСП заузео став да се „препреке (слободном) промету роба унутар Заједнице које настају због разлика између националних прописа који се односе на продају производа, морају бити допуштене ако су и уколико су те мере неопходне ради задовољавања *императивних захтева* који се посебно односе на учинковитост фискалне контроле, заштиту јавног здравља, поштеност поступања у трговинским трансакцијама и заштиту потрошача“.⁸¹² Из овог случаја произашла је и тзв. *Cassis* формула, која обухвата два принципа. Први *cassis* принцип, познат и као „принцип императивних захтева“, прописује да се препреке слободном промету могу оправдати разлозима који су обухваћени појмом императивних захтева.⁸¹³ У каснијој јуриспруденцији,⁸¹⁴ Европски суд правде је тражио да препреке слободном промету буду не само оправдане императивним захтевима, него и пропорционалне. Тако, ни мере које представљају препреке слободном промету, а које су оправдане из разлога императивних захтева, не смеју бити шире од оних које су нужне да се оствари разумна сврха за коју је мера била донета.⁸¹⁵ Други *cassis* принцип односи се на принцип узајамног признавања,⁸¹⁶ којим се гарантује да ће роба, која је на законит начин произведена и стављена у промет у једној држави чланици, имати слободан промет и у другој држави чланици. Другачије речено, држава чланица начелно не сме на свом националном тржишту забранити продају производа који се законито стављају на тржиште у другој држави чланици, чак и ако су ти производи у складу с техничким прописима који су различити од националних техничких прописа који се примењују на домаће производе. *Ratio* за усвајање овог принципа налази се у потреби да се избегне ситуација у којој би увезена роба била стављена у подређен положај у односу на домаћу робу зато што мора да се усагласи и са прописима земље порекла, и са прописима земље увоза (*dua-burden rule*).⁸¹⁷ Принцип узајамног признавања укида потребу за активношћу унијског законодавца, те тако штити различите традиционалне поступке производње који би били угрожени увођењем „заједничког минимума“.⁸¹⁸ Из овог следи да су донети негативне хармонизације ограничени, са једне стране „забрањујућим“ одредбама Лисабонског уговора, а са друге стране, праксом ЕСП. Ипак, негативна хармонизација и даље остаје један од метода, али сада у другом плану.

права потрошача кроз непоштену трговинску праксу. ЕСП је утврдио да се појам мера које имају слично дејство као и квантитативна ограничења треба тумачити на начин да, уколико се забрана односи на увоз алкохолних пића законито произведених и стављених у промет у другим државама чланицама, одређивање алкохолног минимума у пићима у прописима једне државе чланице представља меру која има слична дејства као и квантитативна ограничења и обухваћено је чланом 34 УФЕУ-а. Такође, ЕСП је резонувао да се оспореним немачким прописом не остварује заштита јавног здравља нити заштита потрошача. Слобода кретања роба као основно правило јединственог тржишта има примат над прописом који тражи да алкохолно пиће има одређен минимум алкохола у саставу, нарочито узимајући у обзир да општи интереси за постојање таквог прописа нису од превелике важности.

⁸¹² Case C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, [1979] ECR 649, навод 8.

⁸¹³ Р. Вукадиновић (2014), 225.

⁸¹⁴ Case C-216/84, *Commission v France* [1988] ECR 793.

⁸¹⁵ Р. Вукадиновић (2014), 225.

⁸¹⁶ На основу овог принципа усвојена је Уредба о утврђивању поступака који се односе на примену одређених националних техничких прописа на производе који се законито стављају на тржиште у другој држави чланици из 2008. године – *Regulation (EC) No 764/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 laying down procedures relating to the application of certain national technical rules to products lawfully marketed in another Member State and repealing Decision No 3052/95/EC*, OJ L 218, 13.8.2008, поглавље 13, 38.

⁸¹⁷ D. Chalmers *et al.*, 763.

⁸¹⁸ Alan Dashwood *et al.*, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, London 2000⁴, 324.

3.4.2. Хармонизација грађанског права путем директива

Директивама се обавезују државе чланице да у својим националним правним порецима остваре резултате, циљеве одређене директивом, при чему је одабир облика и метода њиховог постизања препуштен држави чланици.⁸¹⁹ Директиве се сматрају најподеснијим средством хармонизације грађанског права, јер се кроз имплементацију директива у националним грађанским правима, свих држава чланица, уграђује заједнички „европски грађанскоправни елемент“. Разлог више је чињеница да, услед ограничене надлежности Европске уније, често не постоји правни основ да се другим правним средствима уређују поједини делови грађанског права. Надлежност Европске уније, да директивама уређује област грађанског права, произлази из одредби УФЕУ које на општи начин овлашћују Европску унију да предузима мере које су потребне за обезбеђивање несметаног функционисања јединственог тржишта, кроз заштиту основних тржишних слобода и конкуренције. Тако, Европска унија има надлежност да директивама регулише само оне делове грађанског права, код којих се јави потреба за модернизацијом ради отклањања препрека развоју јединственог тржишта. Зато се директиве и не усвајају како би се у целости уредила одређена област грађанског права, него се приступа сегментираним регулисањима грађанског права. Најчешће се директиве односе на поједине институте у оквиру грађанског права (нпр. одговорност продавца за материјалне недосататке ствари) или чак на одређене аспекте појединих института (нпр. утицај непоштених одредби на ваљаност потрошачких уговора).

С обзиром на врсту обавезе државе чланице, у погледу начина имплементације директиве, разликују се директиве минималне хармонизације и директиве максималне хармонизације. Директиве максималне хармонизације не остављају слободу државама код одабира начина имплементације, јер не постоји могућност да се приликом имплементације одступи од садржаја свих или неких одредби директиве. Код директива минималне хармонизације, државе чланице су дужне да обезбеде минимални ниво усклађености, нпр. минимални ниво заштите, који се директивом захтева. Слобода држава чланица се огледа у овлашћењу да пропишу и више стандарде правне заштите од оних који се као минимални предвиђају директивом.⁸²⁰ Ефекти имплементације директива минималне и максималне хармонизације су у многоме различити. Имплементација директива максималне хармонизације у суштини доводи до потпуног уједначавања одређеног подручја на нивоу Европске уније, чиме се постиже веома сличан ефекат као и усвајањем уредби, с тим што се и даље примењују националне одредбе грађанског права. Кад се проводи минимална хармонизација, оставарује се само минимални заједнички стандард у правном уређењу одређеног грађанског подручја или сегмента, јер је могуће да неке државе одлуче да имплементирају само минимални ниво права, док друге одлуче да ту заштиту у одређеној мери повећају или прошире.⁸²¹

Правна теорија разликује потпуну хармонизацију од парцијалне, односно делимичне хармонизације. Хармонизација је потпуна када су директивом обухваћени сви могући аспекти неког правног института или подручја, док делимична хармонизација означава ситуацију кад је директивом обухваћен само један или више аспеката из неког комплексног правног подручја или се оно односи само на одређену врсту производа или услуга или је усклађивање персонално ограничено само на одређене групе учесника на тржишту.⁸²² Такође, директива може дати слободу држави чланици да хармонизује само прекогранични аспект трговине, а да при томе нема обавезу да мења правила која регулишу трговину на националном тржишту. У случају опционе хармонизације долази до стварања паралелизма правних режима који садржајно регулишу исти правни однос, зависно од тога да ли се

⁸¹⁹ УФЕУ, члан 288.

⁸²⁰ Т. Josipović, 294.

⁸²¹ *Ibid.*, 295.

⁸²² *Ibid.*

остварује на јединственом или на националном тржишту. С друге стране, код факултативне хармонизације, директива ствара обавезу држави чланици да мора да омогући учесницима на тржишту избор између националног и ЕУ правног режима. За разлику од опционе хармонизације, код које држава одлучује да ли ће хармонизацијом обухватити само прекогранични аспект или и домаће, код факултативне хармонизације право избора између норми домаћег права или хармонизованих правила, има учесник на тржишту.⁸²³

Хармонизација путем директива довела је до угрожавања унутрашње конзистентности и целовитости националних система грађанског права, нарочито када се приступало директивама максималне хармонизације. Имплементација директива максималне хармонизације није имала за исход прилагођавање одредби директиве начелима националног права, већ управо супротно, национални правни поредак се прилагођавао директивама. Често коришћење директива парцијалне хармонизације, нарочито у области потрошачког права, ствара утисак да су правила из директива замишљена као колекција техничких правила, пре свега административне природе, а не као истинско јасно дефинисано приватно право.⁸²⁴ Хармонизација грађанског права путем директива довела је, с једне стране, до модернизације и прилагођавања захтевима тржишта, уз подизање нивоа заштите слабије стране у уговорним односима, а са друге стране, до нарушавања конзистентности и систематичности националних система, мултипликовања заштите истих права, увођења нових института који су тржишно оријентисани и немају потврду правне теорије ни праксе.⁸²⁵

3.4.3. Од директива ка уредбама?

Описани недостаци хармонизације права путем директива, у знатној мери су омели процес остваривања несметаног функционисања тржишта, те су га чак угрозили нарушавањем конзистентности националних система грађанског права држава чланица. Стабилност националних уговорних права је потресена учесталим изменама које су последица интегрисања фрагмената европског права у национални правни систем. Наведени недостаци иницирали су израду низа програмских документа Европске комисије ради унапређења европског законодавства и стварања кохерентног система европског уговорног права. Као један од могућих праваца деловања Европске уније, Комисија је најавила прелаз од директива ка уредбама, јер усвајање уредби уместо директива, када постоји правни основ и политичка воља, значајно поједностављује регулисање европског уговорног права.⁸²⁶ Регулисање европског уговорног права путем уредби доноси предности јасноће, предвидљивости и ефикасности. Осим тога, уредба успоставља једнаке услове за грађане и привредне субјекте и носи већи потенцијал за самовољно извршење уговора.⁸²⁷ Ипак, употреба уредби је ограничена на ситуације када се регулишу нови сектори „од нуле“ или кад је у питању област која дозвољава ограничену интеракцију између правила ЕУ и националних система.⁸²⁸ С обзиром на то да је мало вероватно да ће се наћи политичка воља, да се на такав начин побољша већ постојећа регулатива европског уговорног права, професор Монти предлаже да се размотри идеја о усвајању европског уговорног права, у облику уредбе, као 28. правног режима, који би отклонио фрагментацију уговорног права, а постојала би као ЕУ алтернатива, али не и замена националних правила.

Европска комисија 2011. године предлаже усвајање предлога Уредбе заједничког европског права продаје, као опционог инструмента. Међутим, овај предлог уредбе није прибавио потребну „политичку вољу“ за своје усвајање, тако да иницијатива прелаза са директива на уредбе остаје неостварена, као одраз неспремности држава чланица да

⁸²³ *Ibid.*, 296.

⁸²⁴ В. Вулетић, „Да ли је Европско приватно право могуће“, *Правни живот* 11/2008, 88.

⁸²⁵ Т. Јосиповић, 304.

⁸²⁶ *Communication from the Commission – A Europe of Results – Applying Community Law*, COM(2007) 502 final, 5.9.2007.

⁸²⁷ М. Монти, 93.

⁸²⁸ *Ibid.*

приступе још дубљој интеграцији. Одабир инструмената регулисања европског уговорног права је више политичко него правно питање. Ауторитарно наметање унификације предмет је оштре критике и озбиљне неповерљивости у његову успешност. Отворени противник концепта Европског грађанског законика је професор Пјер Легран (*Pierre Legrand*), који истиче да само усвајање униформних правила не доводи обавезно до униформног права, јер је право много више од текста формално једнообразних правила, зато што се до значења одређеног правила, у одређеном правном и садржајном контексту, може доћи само након разумевања укупног контекста.⁸²⁹ Тако, без обзира на степен усклађености правних правила у ЕУ, макар постојао и Европски грађански законик, Енглеz ће правно правило посматрати *common law* очима, а Француз очима цивилног права.⁸³⁰ С обзиром на неуспех и иманентне недостатке овог приступа изградње европског приватног права, овај *top-down* приступ уступа место *bottom-up* приступу, кроз активност академске заједнице, професионалних удружења привредника и стручних група.

3.4.4. Меко право као нова *lex mercatoria*

Класични приступ изградње европског уговорног (трговинског) права, поред неспорних квалитета, иманентном несавршеношћу, уступио је простор за стварање и развој алтернативних правних облика као што је „меко право“. Меко право не представља вештачки створен инструмент, већ одговор на потребу реалности живота и праксе пословне заједнице. Термин „soft law“ први је употребио Лорд Мекнаир (*Arnold McNair*), први председник Европског суда за људска права, да би означио опште оперативне принципе добијене судским тумачењем. Ипак о природи и садржају појма постоји размимоилажење међу правницима, јер је реч о амбивалентном термину који садржи одредницу „меко“ испред појма „право“, а право ако је „меко“, онда ни није право.⁸³¹ Због природе самог термина, дефинисање појма варира од ставова да се меком праву не признаје својство права, преко ставова да оно представља скуп разноврсних инструмената, који стоје између класичног, тврдог права, с једне стране, и политичких аката код којих постоји потпуно одсуство правне обавезности, с друге стране, па до ставова да „меко право“ представља правила деловања која немају правно обавезујућу снагу, али ипак дају правне ефекте у реалном животу.

У контексту европског уговорног права, меко право представља алтернативни метод класичном приступу „од врха према доле“ који се спроводи кроз усвајање уредби, директива и имплементирајућих одредби националног права. Меко право подразумева приступ „од доле према врху“,⁸³² тако да инструменти меког права не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, нити су снадбевени правном санкцијом,⁸³³ али ипак производе правне последице. При томе треба узети у обзир ставове који виде меко право као право у настајању, тачније као фазу пре него што правило добије правну обавезност и уђе у корпус тврдог права.⁸³⁴ Под појам меког права улазе препоруке, мишљења, водичи усвојени од стране институција ЕУ; разни кодекси понашања, термини и водичи усвојени од стране међународних корпорација и трговинских удружења; принципи, правила, стандардизовани уговори и модел закони усвојени од међународних организација; као и принципи и правила усвојени у оквиру експертских група. Неки теоретичари заузимају став да меко право, поред

⁸²⁹ В. Вулетић (2008), 90.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ Душанка Ђурђевић, „Soft law у европском комунитарном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013, 106.

⁸³² Јелена Вилус *et al.*, *Међународно привредно право*, Нови Сад 2012, 51.

⁸³³ Р. Вукадиновић, „Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права“, *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства* (ур. Р. Вукадиновић), Крагујевац 2001, 45.

⁸³⁴ Драгутин Аврамовић, „Омекшавањем права ка међународној владавини права?“, *Српска политичка мисао* 2/2011, 273-274.

примарног и секундарног права, представља терцијарну групу извора права у Европској унији.

Меко право има различите функције, у вишеслојном систему политичког управљања Европске уније, које се могу представити као пред-правна, плус-правна и пара-правна функција.⁸³⁵ Меко право остварује пред-правну функцију, тако што врши припрему за будуће акте тврдог права (*preparatory instrument*) или испитује спремност заинтересованих страна за увођење одређеног правног инструмента тврдог права (*informative instrument*).⁸³⁶ Примени ових инструмената се приступа када постоји бојазан да би правила тврдог права била прихваћена и пожељна. У ову групу меког права спадају зелене књиге, беле књиге, акциони програми и информативна саопштења. Меко право остварује функцију додатног права када кроз интерпретативне инструменте (*interpretative and decisional instruments*) помаже при тумачењу и примени одредби тврдог права.⁸³⁷ Ови инструменти подсећају на подзаконске акте управе у националним државама, тако да нису намењени да замене постојеће право, него да га допуне.⁸³⁸ У ову категорију улазе саопштења и обавештења Комисије, смернице, кодекси и оквири који се често усвајају у областима права конкуренције и државне помоћи. Функцију пара-права меко право остварује када замењује непостојеће тврдо право. У случају да се меко право примењују као меродавно уговорно право, онда је потребно да одредбе меког права буду формулисане на такав начин, да омогућавају директну примену на уговорни однос. Такође, одредбе меког права могу послужити и као модел законодавства, када се при изради одредби тврдог права инспирација, стандарди, терминологија и правни институти вуку из меког права. При вршењу функције пара-права, меко право користи различите управљачке инструменте (*steering instruments*) као што су: препоруке, декларације, резолуције, кодекси понашања, као и пројекте експертских група (Ландова начела, нацрт Заједничког појмовног оквира).⁸³⁹

⁸³⁵ Linda Senden, „Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?“, *Electronic Journal of Comparative Law* 9.1/2005, 24.

⁸³⁶ *Ibid.*, 24.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ *Ibid.*

⁸³⁹ *Ibid.*

ГЛАВА II

ПЕРСПЕКТИВЕ КОДИФИКАЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА ПРОДАЈЕ

1. Увод

У овој глави дисертације дат је покушај да се антиципирају перспективе развоја европског трговинског права продаје и европског уговорног права уопштено. Одговор на питање захтева узимање у обзир економских, политичких и друштвених кретања у Европи током наредних година и деценија. У жељи да се избегну непотребна спекулисања у погледу будућности, те да се остане на пољу научних чињеница, у раду ће бити представљени различити сценарији развоја ЕТПП, остављајући читаоцу да одлучи који од сценарија је најизвеснији да се оствари. Једино што знамо у вези са будућношћу је неизвесност, међутим, неизвесност не искључује могућност да размотримо будућност. Могуће је испитивати неизвесну будућност употребом сценарија, као облика алтернативне будућности. Не користимо сценарио да бисмо тврдили да знамо каква ће будућност бити, него да би размотрили будућност.⁸⁴⁰

Тако ће у првом поглављу бити описане могућности развоја ЕТПП у наредним годинама, узимајући у обзир политички неуспех предлога Уредбе заједничког европског права продаје и нацрта Заједничког појмовног оквира. У другом поглављу биће анализирана будућа улога трговинског права код пословања на унутаревропском тржишту, док ће треће поглавље бити посвећено усвајању општег правног инструмента ЕТПП од стране институција ЕУ, као једног од сценарија развоја.

2. Перспектива развоја након политичког неуспеха

Након што су у децембру 2015. године предложене три директиве које су засноване на предлогу Уредбе заједничког европског права продаје, али које за циљ имају стварање јединственог дигиталног тржишта ЕУ, било је јасно да развој европског трговинског права продаје неће ићи у правцу усвајања предлога Уредбе о заједничком европском праву продаје. Предложене директиве у оквиру Стратегије за јединствено дигитално тржиште ЕУ пре свега се фокусирају на потрошачке уговоре код дистанционе продаје.

Неусвајање предлога Уредбе заједничког европског права продаје не искључује његову употребу као извора инспирације за хармонизацију европског трговинског права продаје.⁸⁴¹ Наравно да је неусвајање предлога Уредбе значајно умањило потенцијал ЗЕПП, тако да ће позајмљивање правних решења из ЗЕПП искључиво бити на добровољној бази. Утицај неког правног инструмента који је настао од стране научника, у оквиру неке организације, зависи од барем четири фактора: прво, снага организације која стоји иза правног инструмента и промовише његову примену; друго, лични углед научника који су радили на изради правног инструмента; треће, методолошки кредибилитет у процесу израде правног инструмента; четврто, квалитет правних решења.⁸⁴² У погледу првог фактора, престиж и углед ЕУ ће свакако допринети атрактивности ових инструмената, иако никад нису усвојени у законодавној процедури. У погледу другог фактора, неки од научника заузимају утицајне позиције, како на националном, тако и на нивоу ЕУ, на пример, Верица

⁸⁴⁰ Sam Muller et al., *Law Scenarios to 2030: Signposting the legal space of the future*, The Hague Institute for the Internationalisation of Law, The Hague 2011, 10.

⁸⁴¹ COM(2010) 348 final, para 4.1. (Option 1.)

⁸⁴² S. Vogenauer, „The DCFR and the CESL as Models for Law Reform“, *The Common European Sales Law in Context*, Oxford 2013, 742.

Трстењак је именована за Општег правобраниоца Суда правде ЕУ, Хектор Мекквин (*Hector MacQueen*) је био члан Комисије за реформу шкотског права, док је Лајос Векас (*Lajos Vekas*) био председавајући Комисије за реформу Мађарског грађанског законика.⁸⁴³

Утицај који може имати ЗЕПП, као и НЗПО, може се упоредити са утицајем који имају Принципи европског уговорног права (ПЕУП) и Принципи међународних трговинских уговора (UNIDROIT принципи),⁸⁴⁴ с обзиром на то да ни они не представљају правно обавезујуће изворе права. Коришћење Принципа европског уговорног права (ПЕУП) као извора инспирације за законодавне и правосудне органе држава чланица и органе ЕУ, представља један од његових најзначајних циљева.⁸⁴⁵ Управо се реформа немачког права одвијала под директним утицајем ПЕУП, као и UNIDROIT принципи.⁸⁴⁶ Осим директног утицаја, важно је нагласити и индиректни утицај који ПЕУП може да врши на реформу права у државама чланицама, јер сваки пут кад законодавац жели да одступи од одређеног правила које је садржано у ПЕУП, он би требало да образложи зашто је потребно да тако поступи. Осим тога, утицај на судове је још већи јер ПЕУП представља „заједничку срж“ европског права, али и садржи прогресивна решења, због чега би судови требало да га користе приликом тумачења одредби уговора и закона. UNIDROIT принципи представљали су инспирацију код писања Грађанског законика Руске Федерације, па су тако неке одредбе буквално преписане у текст законика.⁸⁴⁷ Такође, Комисија за реформу права Шкотске директно се позивала на UNIDROIT принципе у вези са правилима о тумачењу права.⁸⁴⁸ Уз то, UNIDROIT принципи су извршили снажан утицај на реформу права у Естонији, Литванији и Мађарској.⁸⁴⁹ Ван Европе, UNIDROIT принципи представљају извор инспирације за израду кинеског уговорног права и основу за писање Јединственог акта о уговорима Организације за хармонизацију пословног права у Африци (OHADA).⁸⁵⁰ Ипак, утицај ових правних иструмената је ограничен, што се исто може очекивати и за ЗЕПП и НЗПО.

Предлози директива, које су следиле након објављивања НЗПО, били су инспирисани његовим решењима, међутим, утицај је био ограничен и мањи него што се очекивало.⁸⁵¹ Један од главних разлога био је политички неуспех НЗПО, тако да Комисија није хтела да повезује нове предлоге директива са неуспелим политичким пројектима. С друге стране, Европски суд правде се у неколико наврата позвао на одредбе НЗПО.⁸⁵² На пример, у случају *Ilsinger v Drescher*⁸⁵³ у погледу члана 15 (1) Уредбе *Брисел I*, према мишљењу јавног правобраниоца *Trstenjak*, Уредба не одређује у ком тренутку је закључен потрошачки уговор, нити на нивоу Заједнице постоји обавезујуће правило приватног права које одређује када и под којим условима је уговор закључен. У одређивању услова и тренутка закључења уговора, *Trstenjak* се позвала и на одредбе НЗПО.

Док је хоризонтални утицај НЗПО и ЗЕПП ограничен и слаб, вертикални утицај на национално право држава чланица је далеко јачи. На пример, Шпански врховни суд се позвао на одредбе НЗПО кад је тумачио одредбе Грађанског законика у погледу раскида уговора о поклону услед неблагодарности поклонопримца, снижења цене и последица

⁸⁴³ *Ibid.*, 748.

⁸⁴⁴ Вид. Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice*, New York 2006.

⁸⁴⁵ ПЕУП, део I и II, xxiii, члан 1:101.

⁸⁴⁶ J. Smits, „The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. Antoni Vacquer), Valencia, 2005, 571.

⁸⁴⁷ M. J. Bonell, *An international restatement of contract law: the UNIDROIT principles of international commercial contracts*, New York 2005, 268.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ *Ibid.*, 270.

⁸⁵¹ M. Hesselink, „The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law“, *Tulane Law Review* 83/2008, 926.

⁸⁵² Case C-275/07, *Commission v Italia* [2009] ECR I-2005 [90]; Case C-445/06, *Danske Slagterier v Germany* [2009] ECR I-2119.

⁸⁵³ Case C-180/06, *Ilsinger v Martin Dreschers* [2009] ECR I – 3961.

раскида уговора.⁸⁵⁴ Комисија за израду Грађанског законика Мађарске пажљиво је следила рад *Study Group*, чије је дискусије и решења користила као модел за многе одредбе законика.⁸⁵⁵ Посебан утицај је остварен у области потрошачког права.⁸⁵⁶ Сличан је случај и са писањем Грађанског законика Републике Чешке, где је професор *Luboš Tichý*⁸⁵⁷ искористио прилику да образложи зашто би НЗПО или ЗЕПП требало да буду инспирација при изради законика. Прво, решења у овим инструментима представљају компромис између више националних права или рефлексију најбољих националних решења, која су потврђена дугогодишњом праксом; друго, основа за израду ових правних инструмената је Бечка конвенција и *UNIDROIT* принципи; треће, многа од решења предвиђена у овим инструментима, представљају постепену хармонизацију и модернизацију приватног права.⁸⁵⁸

Посебан утицај НЗПО има на рад Комисије за реформу шкотског права,⁸⁵⁹ која:

*...предлаже(мо) да се уговорно право размотри у светлу Нацрта заједничког референтног оквира. НЗПО пружа савремена решења уговорног права, на основу компаративних истраживања широм Европске уније и писан је приступачним и неархаичним енглеским језиком... Може се посматрати као инструмент за вршење 'систематске провере', који уједно и пружа решење, тамо где се утврди да је закон мањкав. У најмању руку, НЗПО је добра радна платформа за серију реформских пројеката из области облигационог права, у циљу јачања шкотске економије.*⁸⁶⁰

Значај који је Комисија за реформу шкотског права указала НЗПО, рефлектује се и у чињеници да је Комисија одустала од припремљених реформских текстова по питању интерпретације, закључења уговора, правних лекова, накнаде штете и сл., јер су била заснована на Бечкој конвенцији, Ландовим принципима и *UNIDROIT* принципима, који се више не могу сматрати савременим и модерним правним инструментима.⁸⁶¹ Усклађивање шкотског права са НЗПО предвиђено је као дуготрајни пројекат, који ће највероватније трајати више од пет година.⁸⁶² Такође, Комисија се касније позива и на заједничко европско право продаје, као на извор инспирације у реформи области права продаје.

Интерес за НЗПО и ЗЕПП није био чисто теоријског карактера, већ и практичног карактера, јер уговорно право представља кључни елемент свих економских активности. Зато је исказана одлучност да област уговорног права буде реформисана у складу са највишим међународним стандардима, како би се привукле стране компаније да послују у Шкотској.⁸⁶³ Такође, Комисија претпоставља да ће развој права ЕУ ићи у правцу усвајања НЗПО и ЗЕПП или у правцу усвајања неких других правних инструмената, који ће се заснивати на овим инструментима, те је зато неопходно да се осигура да шкотско право буде, у најмању руку, подједнако повољно и држи корак са новим европским нормама.⁸⁶⁴ Комисија истиче да циљ реформе права не сме нужно да буде директна и потпуна трансплантација, правила НЗПО или ЗЕПП, у шкотско позитивно право. Основни циљ реформе права је „систематска провера“ постојећег уговорног права. Резултати провере ће показати да ли је

⁸⁵⁴ S. Vogenauer, 744.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ J. Салма, „О кодификационој историји мађарског грађанског права и о новом Мађарском грађанском законнику“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014, 57.

⁸⁵⁷ Професор на Карловом Универзитету у Прагу.

⁸⁵⁸ Luboš Tichý, „Processes of Modernization of Private Law Compared, and the CFR's Influence“, *Juridica International* XV/2008, 42.

⁸⁵⁹ Доступно на: www.scotlawcom.gov.uk, 13.3.2020.

⁸⁶⁰ Scottish Law Commission, *Review of Contract Law: Discussion Paper on Interpretation of Contract*, Edinburgh 2011, Discussion Paper No 147, доступно на: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/7412/9829/2343/dp147.pdf>, пар. 1.1.

⁸⁶¹ *Ibid.*, пар. 1.9.

⁸⁶² Scottish Law Commission, *Eight Programme of Law Reform*, Edinburgh 2010, No. 220, доступно на: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/9412/7989/6877/rep220.pdf>, пар. 1.16.

⁸⁶³ Scottish Law Commission, *Review of Contract Law, Discussion Paper on Formation of Contract*, Edinburgh 2012, Discussion Paper No 154, доступно на: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/9513/3241/0632/dp154.pdf>, пар. 1.5.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, пар. 1.6.

потребна реформа у циљу остваривања општих циљева, модернизације и обезбеђења одговарајућег оквира за привредну активност у Шкотској.⁸⁶⁵ Закључак провере може бити да је садашњи закон задовољавајући, да су потребне мање измене, или да је потребна свеобухватна промена законског текста.⁸⁶⁶

Из горе наведеног, може се извести низ општих закључака;

- прво, улога предлога ЗЕПП и НЗПО као модела за реформу националних права држава чланица, заснива се на ауторитету ових инструмената који произлази из квалитета њихових правних одредби;

- друго, предвиђа се значајан утицај предлога ЗЕПП и НЗПО на националне правне системе, јер садрже „модерне и савремене“ уговорне правне режиме, тако да је вероватно да ће заменити позивање на Бечку конвенцију, Ландове принципе и Принципе међународних трговинских уговора;

- треће, национално право треба да буде, барем у основним цртама, усклађено са одредбама предлога ЗЕПП и НЗПО, јер је вероватно да ће ови инструменти бити основа за неке нове правне инструменте који ће бити усвојени или подржани од стране институција ЕУ;

- четврто, усклађеност националног права са „водећим уговорним режимом“ у ЕУ, може привући стране инвеститоре да послују на домаћем држишту, привући стране компаније да изаберу национално право као меродавно право, као и створити могућност домаћим правницима да пружају своје услуге и изван националних граница;

- пето, усклађеност националног права са „водећим уговорним режимом“ у ЕУ, извесно ће довести до смањивања трошкова везаних за пословање на јединственом тржишту, јер се домаће компаније неће сусретати са потпуно другачијим правом, у односу на домаће право, кад буду пословале са партнерима из других држава чланица, чиме ће се обезбедити компаративна предност домаћих компанија;

- шесто, реформу уговорног права, по узору на предлог ЗЕПП и НЗПО, потребно је спроводити једино ако одредбе националног уговорног права не одговарају потребама савремене пословне праксе и модерних правних решења, а не због пуког неслагања са одредбама предлога ЗЕПП и НЗПО;⁸⁶⁷

- седмо, није неопходно спроводити свеобухватну реформу права, ако је циљ могуће остварити променама појединих одредби или института;

- осмо, без обзира на основаност наведених закључака, не треба превише очекивати у погледу улоге и утицаја НЗПО и ЗЕПП, јер ће даљи развој европског приватног права, па тако и европског трговинског права продаје, превасходно зависити од политичке воље, а осећа се замор европским интеграцијама;

- девето, постоје разлози да одредбе НЗПО и предлога ЗЕПП буду извор инспирације пословним субјектима код састављања општих услова пословања и стандардних уговора;

- десето, предлог ЗЕПП, а нарочито НЗПО представља заједнички материјал за обрађивање у правничким уџбеницима, у различитим државама чланицама ЕУ, што ће индиректно помоћи стварању заједничке европске правне доктрине.

Наведени закључци потврђују тезу да НЗПО и предлог ЗЕПП могу да буду извор инспирације и модел-закон приликом рефероме приватног права, односно трговинског права продаје како у државама чланицама, тако и на нивоу Европске уније. Нешто оптимистичнија

⁸⁶⁵ *Ibid.*, пар. 1.10.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ Непреузимање одредби НЗПО и предлога ЗЕПП, не мора да значи да су одредбе НЗПО и предлога ЗЕПП слабе, него да су релевантне одредбе националног правног система усаглашене са потребом савремене пословне праксе, као и да је национални правни систем у целисти конзистентан и стабилан.

предвиђања говоре о НЗПО и ЗЕПП као о основи за „пузајућу кодификацију“. Теорија пузајуће кодификације односи се на процес хармонизације и кодификације европског уговорног права, без усвајања правно обавезујућих инструмената од стране институција ЕУ.⁸⁶⁸ Према овој теорији, позивање на правно необавезујуће инструменте уговорног права, као што су Ландова начела, *UNIDROIT* принципи, НЗПО и ЗЕПП, довешће до постепеног и спорог настанка јединственог европског уговорног права.⁸⁶⁹ Могућност уговорних страна да изабере необавезујуће правне инструменте као меродавно право за конкретни уговор, резултоваће његовом употребом од стране суда државе чланице, што ће даље довести до развоја јуриспруденције по том питању. Приступачност јуриспруденцији, као и квалитет одредби, довели би до повећања њихове употребе, што би напослетку могло резултовати стварањем јединственог европског уговорног права, које би имало доминантну позицију на јединственом тржишту.⁸⁷⁰ За успех пузајуће кодификације кључно је да правници и правни субјекти прихвате текст као извор права, без обзира на то да ли га је законодавац усвојио или није.⁸⁷¹ Уместо да правни инструмент буде усвојен од законодавца, „одозго“, пузајућа кодификација подразумева израду текста правног инструмента од стране приватних и пословних лица или њихових удружења, тако да право настаје „одоздо“.⁸⁷² Овакав начин настанка уговорног права у потпуности одговара његовој природи, која се мења у складу са понашањем уговорних страна. Усвајање правног инструмента од стране законодавца доводи до инертности и статичности уговорног права, које није у могућности да ухвати корак с променама у понашању уговорних страна.⁸⁷³

Међутим, стварни утицај који ће извршити ови правни инструменти зависиће преваходно од исхода политичких процеса у Европској унији. Уколико процес европских интеграција добије један нови подстицај, тако да се настави и са европеизацијом приватног права у смеру кодификације, онда ће значај и улога НЗПО и предлога ЗЕПП значајно ојачати.

3. Улога Европског трговинског права у пословању на јединственом тржишту

Перспектива кодификације европског трговинског права продаје, увелико зависи и од граница које су иманентне трговинском праву при савременом обављању трговинских активности. Теоријски гледано, границе трговинског права обухватају оне аспекте трговинских активности које су регулисане правним правилима. Правна правила имају за циљ да олакшају трговинске активности, или да поставе императивне стандарде понашања привредних субјеката, одређујући шта је дозвољено, а шта је недозвољено. С обзиром на природу трговинских активности, немогуће је регулисати све њене аспекте, тако да се одређен број трговинских активности одвија без постојања правне регулативе, која би олакшала одвијање активности или поставила границе те активности. Тако ови аспекти трговинске активности остају ван граница трговинског права.

То што је неки аспект трговинске активности правно регулисан, не значи да ће се привредни субјекти придржавати правила, уколико би то могло нарушити поверење и добре пословне односе.⁸⁷⁴ Некада се пословна пракса управо развија без узимања у обзир трговинских правила, па чак и у супротности с трговинским правилима.⁸⁷⁵ Из тога произлази

⁸⁶⁸ Вид. Klaus Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London 1999.

⁸⁶⁹ К. Berger, „The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification of Law”, *European Review of Private Law* 9/2001.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ Вид. N. Jansen (2010).

⁸⁷² К. Berger (2001), 24.

⁸⁷³ *Ibid.*

⁸⁷⁴ Catherine Mitchell, „Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction between the Real and Paper Deal”, *Oxford Journal of Legal Studies* 29/2009, 684-7.

⁸⁷⁵ Christian Twigg-Flesner, Gonzalo Villalta Puig, „Introduction: The Boundaries of Commercial Law”, *Boundaries of Commercial and Trade Law*, (eds. Ch. Twigg-Flesner, G. Villalta Puig), Munich 2011, 3.

да је трговинско право ограничено само на реалну примену правила при обављању трговинских активности. Тако се може закључити да су границе „реалног“ трговинског права уже од граница „теоријског“ трговинског права. Границе реалног трговинског права подударају се са границама трговинских активности које се одвијају узимајући у обзир трговинска правила. Да ли ће привредни субјекти узети у обзир трговинска правила приликом регулисања својих трговинских односа, пре свега зависи од квалитета и начина примене правила трговинског права.

Основни циљ трговинског права је да олакша трговинске активности у развијеним тржишним економијама.⁸⁷⁶ За разлику од других области права, уговорно трговинско право претежно не садржи одредбе којим се забрањује или прописује неко понашање, него је највећи део одредби усмерен ка циљу олакшавања пословања.⁸⁷⁷ Трговинско право је и настало из трговинских обичаја и праксе, тако што су они записани, систематизовани и потврђени од стране законодавца. С обзиром на начин настанка и циљ, могао би се очекивати потпуни склад између трговинског права и пословне праксе, међутим, то није увек случај. Често одредбе трговинских закона имају пренаглашен теоријски аспект, тако да је примена таквих одредби проблематична и компликована. Већина теоретичара и трговинских судија се слаже да, ако постоји несклад теорије и пословне праксе, теорија треба да се прилагоди пословној пракси, јер право не може да креира пословну праксу, него може да је потврди и подржи.⁸⁷⁸ Основни разлог за раскорак између трговинског права и пословне праксе лежи у тензији између правне сигурности и флексибилности, као два кључна принципа. Правна сигурност ограничава трговинско право да буде флексибилно, тј. да се прилагоди новој пословној пракси. Дешава се да се после одређеног времена пословна пракса промени, док правила трговинског права и даље остају иста, гарантујући правну сигурност. Иако су привредни судови давали предност правној сигурности над потребом да прилагоде трговинска правила новој пословној пракси, последњих година долази до преокрета. Наиме, трговински судови образлажу нову праксу недопустивошћу постојања разлика између исхода примене трговинског права и разумног очекивања поштеног привредног субјекта.⁸⁷⁹ У циљу да умањи несклад између трговинског права и пословне праксе, судови морају да балансирају правну сигурност са флексибилношћу, да би постигли праведну одлуку у привредном спору.⁸⁸⁰ Такође, судови треба да имају „трговински приступ“ при тумачењу одредби уговора, узимајући у обзир и значње текста између редова уговора. Само на такав начин може да се одреди прави смисао уговора који је у складу са разумним очекивањем поштених привредних субјеката. Пословни субјекти често закључују писани уговор, јер им то даје осећај да су формализовали договор и да су сада везани уговором. Тиме пословни субјекти стичу осећај правне сигурности и верују да ће држава осигурати принудно извршење уговора, у случају спора. Међутим, они најчешће немају времена ни знање које је потребно за дефинисање појединачних одредби уговора.⁸⁸¹ Због тога, судови не смеју слепо да се држе само за језичко значење одредби уговора, него морају да узму у обзир намеру уговорних страна.

Европеизација друштвених и политичких односа, па тако и трговинског права, тренутно се налази у једној транзиционој фази која у потпуности не одговара пословним субјектима. Тренутно не постоји „законодавац“ у Европској унији који има надлежност и потребну политичку вољу, да самостално регулише обављање унутаревропске трговине на свеобухватан начин који гарантује правну сигурност, флексибилност, приступачност и применљивост. Изгледа да институције ЕУ нису дорасле овом задатку и немају потребну

⁸⁷⁶ Ross Cranston, „Commercial Law and Commercial Activity“, *Commercial and Consumer Law: National and International Dimensions*, Oxford 1993, 274.

⁸⁷⁷ J. M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, UK 2014, 16.

⁸⁷⁸ Michael Freeman, *The Legal Structure*, London 1974, 20.

⁸⁷⁹ Ch. Twigg-Flesner, G. V. Puig, 12.

⁸⁸⁰ R. Goode, „The Codification of Commercial Law“, *Monash University Law Review* 14/1988, 150.

⁸⁸¹ Patrick Devlin, „The Relation Between Commercial Law and Commercial Practice“, *Modern Law Review* 14/1951, 266.

политичку вољу, иако формално имају надлежност за регулисање трговинских односа на јединственом тржишту. С друге стране, регулисање трговинских односа на јединственом тржишту увелико превазилази надлежност и капацитете појединих држава чланица ЕУ. Поставља се питање на који начин ће вакуум бити испуњен. Постоје индиције да се пословни субјекти више неће ослањати на трговинско право као инструмент којим ће у случају спора осигурати извршење уговора.⁸⁸² Привредни субјекти ће настојати да избегну употребу трговинског права уопште, и да осмисле пословни механизам који ће осигурати да се не ослањају на трговинско право уопште. На пример, пословни субјекти ће једино улазити у трговинске односе ако је друга страна спремна да плати авансно, или ако је друга страна спремна да пружи неки други вид гаранције (банкарска гаранција, бланко меница, итд.) да ће извршити своју обавезу. Ова пракса је потврђена и у истраживању Томаса Дица (*Thomas Dietz*).⁸⁸³ Уз наведено, истраживање показује да пословни субјекти настоје да договоре да испорука и плаћање буду у деловима према напретку пројекта. Кад је последњи део испоручен, пословни субјект и даље зависи од друге стране у погледу исправног функционисања робе, зато он настоји да одуговлачи последњу исплату што је могуће дуже, све док не буде сигуран да не постоје скривени недостаци робе, или наручује нову робу од истог пословног субјекта како би однос међузависности наставио да траје.⁸⁸⁴ Из тога произлази, да пословни субјекти договарају трговински однос на такав начин, да за његово извршење, није потребна помоћ трговинског права нити правосудног апарата. Као алтернатива класичном апарату принуде извршења уговора, јављају се одређене мреже за оцену пословног угледа пословних субјеката (*Reputational Networks*).⁸⁸⁵ Тако је сваком пословном субјекту, који је члан мреже, стало да што боље изврши своје договорене обавезе, како би добио што бољу оцену и повећао свој пословни углед, што ће представљати један од кључних елемената код договорача нових послова. Тако ће други привредни субјекти имати могућност да испитају пословни углед понуђача робе или услуга, кроз веб-сајт који пружа информације о његовом ранијем понашању.

Имајући у виду да се ЕТПП налази у једној транзиционој фази, неопходно је одредити будуће границе ЕТПП искључиво узимајући у обзир интересе пословне заједнице, јер само ЕТПП које испуњава потребе привредне заједнице може да заживи. Хармонизација, односно кодификација ЕТПП никако не сме да се сведе на проналажење компромиса између различитих правних система држава чланица и захтева различитих заинтересованих страна, јер ће се на такав начин доћи до хармонизованог, односно кодификованог сета правила ЕТПП који неће одговарати никоме у пословној заједници.⁸⁸⁶ Границе будућег ЕТПП су одређене кроз реалне могућности права да олакша унутаревропску трговину кроз хармонизацију, односно кодификацију права, и у оквиру тих граница потребно је вршити хармонизацију, односно кодификацију.

4. Економска оправданост кодификације европског трговинског права продаје

Кодификација европског трговинског права продаје може да замени сва национална правила продаје са једним јединственим сетом правила. Овакав исход интеграције, која се одвија у Европској унији, би поједноставио многе ствари и значајно смањио трансакционе трошкове повезане са плурализмом националних регулатива. Постојећи плурализам правила

⁸⁸² J. Smits (2015), 14.

⁸⁸³ Thomas Dietz, „Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks in International Trade: An Empirical Investigation into Cross-Border Contracts in the Software Industry”, *Law and Social Inquiry* 37/2012, 43.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, 43.

⁸⁸⁵ David Charny, „Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships“, *Harvard Law Review* 104/1990, 373.

⁸⁸⁶ Ch. Twigg-Flesner, „Some Thoughts on the Harmonisation of Commercial Law and the Impact on Cross-border Transactions“, *Boundaries of Commercial and Trade Law* (eds. Ch. Twigg-Flesner, G. Villalta Puig), Munich 2011, 106.

продаје генерише значајне трошкове привредним субјектима, чије се пословање одвија под више националних јурисдикција, јер морају да своје пословање ускладе са различитим националним стандардима и правилима.

Постојање значајних трансакционих трошкова, насталих услед плурализма правила продаје, не имплицира аутоматски да ти трошкови морају бити избегнути. Стога, кључно питање није да ли трансакциони трошкови постоје, него да ли терет трансакционих трошкова превазилази беневит конкуренције националних регулатива, који тренутно постоји. Конкуренција националних регулатива, која треба да допринесе бржем развоју и постављању стандарда који су за пословни свет прихватљиви, поставља се као антитеза хармонизацији, односно кодификацији.⁸⁸⁷ „Трошак“ који би настао кодификацијом европског трговинског права продаје огледа се у губитку ризнице различитих правних решења на одређене друштвене и правне проблеме. Упркос значају овог питања, не постоји, нити је могуће спровести, прецизну и поуздану квантитативну анализу трошкова и користи плурализма националних регулатива у поређењу са кодификацијом трговинског права продаје. Упркос овој чињеници, неопходно је наставити истраживање и анализирање трошкова и користи и одмеравати последице будућих политичких одлука у погледу начина регулације правила продаје између привредних субјеката на јединственом тржишту Европске уније.

Одређени теоретичари истичу да привредним субјектима није потребна кодификација правила продаје да би пословали на јединственом тржишту под једним сетом правила. Уколико привредни субјект примени правила међународног приватног права, на начин да увек изабере исто меродавно право, онда ће увек пословати под истим сетом правила. Тачно је да у већини уговора на јединственом тржишту уговорне стране уговорно одреде меродавно право и суд. Међутим, уговорне стране могу уговорно одређивати само она питања која су регулисана диспозитивним нормама, док је неопходно да избегну питања која су регулисана императивним нормама зато што би суд, у случају спора, имао право да поништи уговор или знатан део уговора због дирања у императивне норме.⁸⁸⁸ Разликовање правила императивне од диспозитивне природе захтева правну анализу, чији трошкови увећавају трансакциони трошак. Упркос изнетим тврдњама, мало је вероватно да ће привредни субјект, без обзира на његову преговарачку моћ, бити увек у позицији да издејствује примену истог меродавног права и својих правила пословања. Уз то, мала и средња предузећа ће бити често суочена са прихватањем различитих меродавних права од уговора до уговора, што ће значајно повећати удео трансакционог трошка на пасивној страни. Узимајући све горе наведено, може се закључити да избор меродавног права може да обезбеди правну сигурност и заштиту легитимних очекивања из уговора, али, ипак, не може да обезбеди смањење трансакционих трошкова у вези са правним питањима. Насупрот, избором правила меродавног права долази до увећања трансакционих трошкова, тако да трансакциони трошкови представљају кључни аргумент за кодификацију европског трговинског права продаје.

Циљ кодификације европског трговинског права продаје је рационализација трансакционих трошкова кроз омогућавање привредним субјектима да послују под јединственим сетом правила продаје роба на целом унутрашњем тржишту Европске уније. Међутим, поставља се питање да ли ће кодификација „на папиру“ бити у стању да генерише користи за привредне субјекте и привреду у целини.

Први изазов са којим би се суочило кодификовано ЕТПП је обезбеђивање уједначеног тумачења и примене норми јединственог сета правила продаје роба од различитих судова у различитим државама чланицама Европске уније. За очекивати је да различити судови тумаче исте норме на различите начине. Различит начин тумачења и примене норме вуче своје корене у различитим правним традицијама и судској пракси, различитим друштвеним и привредним околностима и сл. Тако, успешан процес кодификације подразумева не само усвајање јединственог сета правила, него и креирање врховног судског ауторитета који би

⁸⁸⁷ М. Васиљевић (2013), 22.

⁸⁸⁸ J. Smits (2015), 49.

одлучивао у спорним случајевима и отклањао недоумице. За разлику од Бечке конвенције, која је доживела ограничен успех због непостојања врховног судског ауторитета, Суд правде ЕУ би био задужен „да обезбеди уједначено тумачење и примену тог права у Унији, дајући судовима држава чланица инструмент који им омогућује да се у оквиру претходног поступка обратe Суду Европске уније, с питањима која се односе на тумачење права“.⁸⁸⁹ Претходни поступак почива на уској сарадњи Суда правде ЕУ и националних судова, јер се надлежност Суда правде ЕУ успоставља искључиво на иницијативу националних судова, без обзира на став странака у главном поступку.⁸⁹⁰ Ова чињеница даје веће шансе за успех јединственом сету правила продаје на нивоу ЕУ, него на међународном нивоу.

Такође, за успех кодификације европског трговинског права продаје важно је да правила продаје представљају најбољу праксу, односно најбоље решење за одређено питање, а не компромис између више правних традиција и школа. Као негативан пример може се узети стратегија на међународном нивоу да се прихватају компромисна решења између ставова држава потписница, тако што се уведе „магловити термини“. На пример, ако државе не могу да се сагласе да ли рок за одређену правну радњу треба да буде две седмице или два месеца, једна стратегија је одређивање рока од месец дана, док би друга стратегија била увођење „магловитог термина“, као што је конструкција „у разумном року“. У другом случају, судови у различитим државама тумачиће ове термине сходно својој судској пракси, па ће тиме крајња последица процеса кодификације уствари бити губитак правне сигурности и предвидљивост исхода. Оваква двомисленост правних стандарда је много гора за уговорне стране, него одабир меродавног права које садржи јасне правне норме. У основи ефекат хармонизације, односно кодификације постаје исти као ефекат монополизације, јер долази кроз мукотрпан пут бројних компромиса различитих националних регулатива, који сами по себи не воде конзистентности решења.⁸⁹¹

Како би европско трговинско право продаје постало примамљиво за привредне субјекте, неопходно је обезбедити да јединствена правила продаје пружају правну сигурност и предвидљивост исхода у контексту поуздане и уске сарадње Суда правде ЕУ и националних судова који примењују то право. У контексту квантитативне анализе трошкова и бенефита евентуалне кодификације европског трговинског права продаје, највише оправдања има кодификација у облику опционог инструмента, јер би тада трошак, узрокован немогућношћу конкуренције националних регулатива, био поништен. Најзначајније је да привредни субјекти задрже право да искључе примену ЕУ опционог инструмента, и да прибегну одређеном националом праву продаје, као меродавном праву. У овом случају, негативне стране кодификације би биле избегнуте, а користи кодификације, пре свега, кроз рационализацију трансакционих трошкова пословања на јединственом тржишту, би биле изнад трошкова спровођења процеса кодификације и усвајања јединственог сета правила продаје роба на јединственом тржишту од стране институција Европске уније. На овај начин, пословним субјектима би било дато више слободе при избору меродавног права, што ће имати за резултат избор најконкурентнијег правног режима, што представља хармонизацију „одоздо“ приватном вољом, а не октроисаном вољом законодавца кроз хармонизацију и кодификацију „одозго“.⁸⁹²

5. Усвајање Уредбе о јединственом европском трговинском праву продаје

⁸⁸⁹ Препоруке намењене националним судовима које се односе на покретање претходног поступка – *Court of Justice of the European Union, Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings*, OJ C 257, 20.7.2018, члан 1.

⁸⁹⁰ УЕУ, члан 19, став 3, тачка (б); УФЕУ, члан 267.

⁸⁹¹ М. Васиљевић (2013), 22.

⁸⁹² *Ibid.*

Ако нас нечему учи скорија историја европских интеграција, онда је то непрекидно осцилирање у интензитету и начину европеизације права у Европској унији. Тако се као један од могућих сценарија јавља и усвајање правно обавезујућег инструмента о јединственом ЕТПП од стране институција ЕУ.⁸⁹³ Такав правни инструмент ЕТПП може да буде у форми уредбе, с опцијом да се, по правилу, примењује на трговинске уговоре о продаји (*opt out*) или тек пошто уговорне стране предвиде његову примену (*opt in*). Такође, могуће је да правни инструмент ЕТПП добије форму директиве, обавезујући државе чланице да имплементирају одредбе правног инструмента. Садржај таквог правног инструмента би највероватније био заснован на предлог ЗЕПП, али не и индентичан, и не би се вероватно ограничавао само на трговинске уговоре о продаји, него би проширио своје поље примене.

Као део права ЕУ, у ужем смислу, правни инструмент ЕТПП би вршио снажан утицај на даљи развој права на нивоу Европске уније. Институције Европске уније би користиле дефиниције садржане у правном инструменту, као основу код усвајања нових мера у области приватног права. Правни инструмент ЕТПП представљао би основу из које би Суд правде ЕУ изводио правила општег дела уговорног права, која би користио код примене директива и уредби, код којих нису регулисана питања општег дела. ЕСП би тумачио одредбе других уредби и директива у сагласности и хармонији са правним инструментом ЕТПП, што би додатно ојачало хоризонтални утицај.

Такође, ојачао би и вертикални утицај на правне системе држава чланица. Ако би правни инструмент ЕТПП био усвојен у форми директиве, државе чланице би била обавезане да користе правни инструмент као модел за имплементирајуће мере, с тим што би већина држава чланица користила правни инструмент ЕТПП и као модел за реформу уговорног режима који се примењује на чисто националне уговоре и друге врсте уговора, као што су потрошачки уговори и уговори између грађана. У случају да правни инструмент ЕТПП буде усвојен у форми уредбе, онда би се уредба директно примењивала и не би било потребе за имплементирајуће мере, али би национални законодавац користио правни инструмент ЕТПП као модел за друге делове уговорног права, на које се не примењује уредба. Државе чланице би настојале да избегну постојање два правна режима, један за унутаревропску трговину, а други за националну трговину.⁸⁹⁴ Могуће је очекивати да национални судови, пошто постану упознати и блиски са правилима правног инструмента ЕТПП, почну узимати у обзир његова правила и код одлучивања у чисто националним случајевима, нарочито кад постоји правна празнина у националном правном режиму, или кад применом одредби националног права долази до решења које није задовољавајуће. Тако је Влада Велике Британије изразила своју забринутост у погледу предлога Уредбе ЗЕПП, која би, уколико буде усвојена, иако само као опциони режим за право продаје, имала снажан индиректан утицај на судски приступ приликом тумачења *common law* уговорног права.⁸⁹⁵ Јуриспруденција која би настала применом заједничког европског права продаје, постала би значајан извор права, који би вршио утицај и на одлучивање судова у чисто националним случајевима.

Усвајање правног инструмента ЕТПП представљало би снажан подстрек да се реформе права изван ЕУ одвијају на основу решења усвојених од стране институција Европске уније. У овом сценарију, европско трговинско право продаје би постало светски репер за регулисање ове области, чиме би ЕУ стекла компаративну предност и лидерску позицију на светском тржишту. Рад агенција на међународном нивоу, као што су *UNICITRAL* и *UNIDROIT*, би вероватно био инспирисан решењима из правног инструмента ЕТПП.⁸⁹⁶ На пример, Швајцарска је поднела захтев *UNICITRAL*-у да спроводе процену утицаја

⁸⁹³ COM(2010) 348 final.

⁸⁹⁴ ЗЕПП, члан 13.

⁸⁹⁵ House of Commons European Scrutiny Committee, *Reasoned Opinion concerning a draft Regulation on a Common Sales Law for the European Union*, 47th Report of Session 2010-2012, London 2011, доступно на: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3S7ogPugPgWJ:www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/files/download/082dbcc533b5feef0133eab106a221a1.do+&cd=6&hl=sr&ct=clnk&gl=ba&client=firefox-b-d,16.04.2019,21-29.>

⁸⁹⁶ S. Vogenauer, 740.

коришћења Бечке конвенције и покрене дискусију да ли је потребно и могуће израдити и усвојити одредбе општег дела уговорног права на светском нивоу.⁸⁹⁷ Било би потпуно незамисливо да би такав један пројекат занемарио правне инструменте Европске уније, који регулишу право продаје на тржишту од више од 500 милиона становника, нарочито ако се правни инструменти покажу ефикасни у пракси. Слично, реформе уговорног права на националном нивоу, али ван Европске уније, биле би инспирисане решењима правног инструмента ЕУ.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

ЗАКЉУЧАК

Економска и политичка интеграција земаља чланица данашње Европске уније од средине XX века довела је до стварања једног од највећих јединствених тржишта на свету, с годишњим прометом роба у износу од 2.800 милијарди евра.⁸⁹⁸ Међутим, економску и политичку интеграцију не прати интеграција у области уговорног трговинског права, јер не постоји јединствена или усклађена правна регулатива која регулише унутаревропску трговину и продају роба и услуга између привредних субјеката. Садашњем стању европског трговинског права продаје највише одговара најшире постављен појам, који обухвата све прописе који се примењују за регулисање унутаревропске продаје роба између привредних субјеката, без обзира на формалног доносиоца и правну обавезност прописа. Тако појам обухвата правно обавезујуће акте Европске уније, законе и друге обавезујуће акте држава чланица ЕУ, обавезујуће инструменте међународних организација, као и необавезујуће правне инструменте (*soft law*).

Оваква дефиниција европског уговорног трговинског права открива осовне елементе појма. Прво, европско трговинско право продаје је право у настајању, што значи да не представља заокружену и усклађену грану права. Постојање европског трговинског права продаје више је везано за правну доктрину, и оно што би могло да постане у догледној будућности, него за позитивноправне прописе. Друго, европско трговинско право продаје регулише трговинске уговоре о продаји роба унутар јединственог тржишта Европске уније.

Актуелно стање кодификације европског трговинског права продаје представља завршетак почетне фазе процеса усмереног ка потпуном регулисању уговорних односа између привредних субјеката, насталих поводом продаје роба на јединственом тржишту Европске уније, од стране мноштва учесника, ради остваривања циљева Европске уније. Посебност кодификације европског трговинског права продаје одређена је функционалном усмереношћу, тако да се потпуно регулисање ове правне области врши ради обезбеђивања несметаног функционисања јединственог тржишта, као основног циља Европске уније. Учесници процеса кодификације су како носиоци јавних овлашћења, тако и приватна лица, привредни субјекти и њихова удружења, како на нивоу ЕУ, тако и на националном и међународном нивоу.

У овој дисертацији се полази од става да од кодификације треба разликовати унификацију права, јер иако кодификација и унификација по правилу иду заједно, ипак се не морају нужно поклапати.⁸⁹⁹ Тако је могуће да је право кодификовано, јер су сва питања регулисана, али да није унификовано, јер постоји више правних подручја, или да је делимично партикуларно, а делимично јединствено.⁹⁰⁰ Унификација у националном праву остварује се или путем више закона (кодификација у ширем смислу), или путем једног свеобухватног законика (кодификација у ужем смислу). Слична је ситуација и у контексту европског права.⁹⁰¹ Процес кодификације грађанског права на нивоу ЕУ обухвата и знатан број тзв. „незаконодавних“ кодификација.⁹⁰²

Појам кодификације, у теорији и пракси европског права, служи да опише процес усмерен ка стварању једног конзистентног ентитета правних правила и институција, који ће бити лако применљив и доступан субјектима права. Кодификација треба да покрије читаву област права нпр. области приватног права, или породицу права, нпр. грађанско право или грану права, нпр. трговинско право. Тако се у европској правној теорији употребљавају термини Европски грађански законик (*European Civil Code*), Европски законик о уговорном

⁸⁹⁸ Eurostat, *Intra-EU trade in goods*, доступно на: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Intra-EU_trade_in_goods_-_recent_trends#Main_statistical_findings, 2.12.2016.

⁸⁹⁹ О. Станковић, В. Водинелић, 10.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² N. Jansen (2011), 31.

праву (*European Contract Code*), ради описивања процеса усмереног ка потпуном регулисању одређених правних области. Иако кодификација подразумева потпуно регулисање барем једне гране права, у теорији европског права говори се о кодификацији ужих целина, као што су подгране права, нпр. Европски законик о заштити потрошача (*European Consumer Code*). У том светлу треба разумети и кодификацију европског трговинског права продаје.

Детаљна анализа повода и потреба кодификације трговинског права продаје на нивоу ЕУ, дала је потврду основној хипотези да ће усклађивање домаћег трговинског права продаје, у мери у којој је то сврсисходно, са правилима европског трговинског права продаје, довести до олакшавања пословања између домаћих привредних субјеката са привредним субјектима из ЕУ. Поводи и потребе који одређују развој европског трговинског права продаје су идентични потребама домаћих привредних субјеката приликом трговања са привредним субјектима из Европске уније. Проналажење мере у усклађивању домаћег трговинског права продаје са правилима европског права није детерминисано искључиво правним разлозима или, пак, проналажењем заједничког правног наслеђа, него је у знатној мери одређено економским разлозима и стављањем домаћих привредних субјеката у равноправан положај у поређењу са привредним субјектима из Европске уније.

Као примарни повод за настанак европског трговинског права продаје, издваја се потреба за успостављањем и одржавањем несметаног функционисања унутрашњег тржишта Европске уније. Осим примарног, могуће је одредити и секундарне, односно изведене поводе, као што су: остваривање политичких и друштвених циљева, превазилажење правног партикуларизма, достизање високог степена правне сигурности, остваривање законодавне улоге институција ЕУ, смањење трансакционих трошкова, уклањање препрека, како би се искористиле могућности које пружа интернет, повећање БДП и запослености.

Историјски развој јединственог тржишта Европске уније открива нам „функционалну интеграцију“ као *modus operandi* европских интергација, где успех у интергацији једне области обично води до „преливања“ (*spill-over effect*) у друге повезане области, које бивају интегрисне у следећем периоду.

Остваривање одређених циљева представља кључни елемент сваке међународне интеграције, па тако и интеграције европских држава у оквиру Европске уније. Основни циљ Европске уније је успостављање и одржавање несметаног функционисања унутрашњег тржишта. Унутрашње тржиште подразумева забрану увођења царина и свих „нецаринских ограничења“ трговине између држава чланица Европске уније. С обзиром на то да у Европској унији постоји 28 различитих правних режима који уређују уговорне односе, партикуларизам правних режима се може сматрати „нецаринским ограничењима“ трговине.⁹⁰³ Под нецаринским ограничењима слободне трговине подразумевају се све мере, политике и праксе, изузев царина, без обзира на то да ли их предузима држава или неко недржавно тело коме је поверено вршење јавних функција, а које за последицу имају ограничавање, отежавање или потпуно онемогућавање унутаревропске трговине.⁹⁰⁴ Кад Ландо говори о нецаринским ограничењима, он мисли на „мере које имају исто дејство као квантитативна ограничења“ као појавни облик нецаринских ограничења. Уговором о функционисању Европске уније забрањују се дажбине које имају исто дејство као царине, квантитативних ограничења, као и мере које имају иста дејства као квантитативна ограничења. Код примене ове забране Европски суда правде је увео *de minimis* правило, тако да је довољно да мера има и најмањи, стварни или потенцијални, негативни утицај на промет унутар тржишта да би била инкриминисана.⁹⁰⁵ Становиште које је изнео Ландо потврђено је и кроз многа истраживања у вези препрека које постоје на јединственом тржишту. Имајући то у виду, институције Европске уније су предузеле низ корака усмерених на отклањање препрека трговине насталих због правног партикуларизма.

⁹⁰³ O. Lando (2000), 61.

⁹⁰⁴ М. Ђорђевић, М. Јовановић, 306.

⁹⁰⁵ Joined Cases 177/82 and 178/82, *Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV* [1984] ECR 1797, 13.

Потреба превазилажења правног партикуларизма на јединственом тржишту Европске уније представља основни повод за осмишљавање процеса кодификације европског трговинског права продаје. Уговорно право, а нарочито право продаје, увек је било прво на удару у процесу унификације и кодификације, с обзиром на значај области који регулишу.

Потреба за осигуравањем правне сигурности код пословања на јединственом тржишту Европске уније представља један од главних разлога покретања хармонизације и кодификације у области европског трговинског права продаје. Достижање високог нивоа правне сигурности захтева да прописана правила морају да буду приступачна и јасна, поуздана и применљива.⁹⁰⁶ Вишеслојни правни систем који тренутно постоји у Европској унији не гарантује правну сигурност и одвраћа привредне субјекте од пословања на јединственом тржишту јер морају да узимају у обзир постојање различитих уговорних права држава чланица.

Опште је познато да унутаревропска трговина узрокује веће трошкове него трговина унутар граница једне државе чланице. Међутим, поставља се питање да ли је увећање трошкова услед различитих националних уговорних права довољно велико да одврати привредне субјекте од обављања унутаревропске трговине. Уколико је увећање трошкова толико да узрокује само незнатну баријеру приликом обављања унутаревропске трговине, онда не постоји оправдање за хармонизацију и унификацију различитих права држава чланица ЕУ у области уговорног права. До одговора на ова питања може се доћи једино кроз израчунавање трошкова унутаревропске трговине под постојећим условима, и предвиђање позитивних последица у случају усвајања заједничког европског трговинског права продаје.

Према теорији трансакционог трошка, тржиште се узима као медиј координисања уговорних активности између привредних субјеката, односно одвијања партнерских односа. Плурализам правила продаје на јединственом тржишту представља трансакциони трошак јер привредни субјекти морају да снесу трошак упознавања са правилима продаје у другој држави чланици Европске уније. Трансакциони трошкови су равноправни фактори са фактором цене и квалитета приликом доношења одлуке привредног субјеката да ли да уђу у уговорни однос или не. Кад привредни субјект одлучује да ли да купи производ или да покуша да га произведе својим ресурсима, тржишна цена није једини фактор, него трансакциони трошкови често пресудно утичу на одлуку.⁹⁰⁷ Имајући у виду ове тенденције, биће неизбежно даље развијати европско трговинско право продаје, јер то захтева привредна активност, док је на доносиоцима политичких одлука да одреде нормативни облик и садржај који ће пратити даљи развој заједничког европског права продаје.

Неки теоретичари су скептични у погледу оправданости унификације и кодификације европског трговинског права. Они су, узимајући у обзир емпиријске, економске и бихејвиоралне аргументе, закључили да нема убедљивих доказа да ће унификација и кодификација уговорног права довести до унапређења трговине на јединственом тржишту. Према емпиријским аргументима, постоји резервисаност пословне заједнице према трговинском праву, јер се трговина најчешће обавља са дугогодишњим пословним сарадницима, тако да би инсистирање на стриктном извршењу уговора често угрозило пословни однос. Економски аргументи полазе од чињенице да трансакциони трошкови на различит начин погађају различите привредне субјекте. Трансакциони трошак теже погађа мала и средња предузећа, док су велике компаније искусније у међународној трговини и могу искористити добру преговарачку позицију. Бихејвиорална анализа унификације европског трговинског права полази од претпоставке да теорија рационалног избора није у потпуности истинита и да се у свакодневном животу људи не понашају увек рационално. Бихејвиорална анализа полази од става да људи теже да одрже *status quo* и да често нису вољни да од њега одступе. У складу са овом теоријом, привредни субјекти ће вероватније изабрати правни инструмент који познају, него нови унификовани правни инструмент.

⁹⁰⁶ A. G. Castermans, R. De Graaff, M. Haentjens, 5.

⁹⁰⁷ R. Coase, 396.

Наведеним емпиријским, економским и бихејвиоралним аргумената могу се супроставити аргументи који потврђују тезу да би унификација унапредила трговину на јединственом тржишту. Према неокласичној економској теорији, појединац ће интензивно тражити решења и одмеравати све доступне податке како би дошао до оптималног резултата. Тако ће појединац одмеравати и различита правила продаје на јединственом тржишту, покушавајући да одабере сет правила чијом ће применом на уговор максимизовати своју корист. О кодификацији европског трговинског права продаје треба промишљати као о опционом сету правила продаје на јединственом тржишту, односно као о 29. правном режиму, који ће се наметнути кроз целовита, усклађена и јасна правила продаје, креирана превасходно за продају на јединственом тржишту ЕУ, тако да су у најбољем интересу уговорних страна. Заједничко европско трговинско право продаје треба да буде подесније за продају на јединственом тржишту ЕУ од било ког националног права и Бечке конвенције. У том случају, привредни субјекти ће на почетку тежити да изаберу своје национално право као меродавно, што представља грешку, али ће кроз процес учења, који се заснива на систему грешака и исправки, научити да примена ЕУ правила продаје максимизује њихове интересе. Неокласична економска теорија налази нарочиту потврду код уговора у привреди, јер се, код продаје између привредних субјеката, одлуке доносе правасходно на рационалној основи, док су емоције скоро изузете, за разлику од потрошачких уговора где се одлуке често доносе на основу предрасуда и когнитивних илузија.

Основни социолошки повод за усвајање Европског (грађанског) законика лежи у потреби да се јасно одреди препознатљиви „национални симбол“ уједињене Европске уније, симбол модернизације и осамостаљивања Европске уније кроз стварање аутономног правног поретка и идентитета. Законик, као и устав, застава, грб и химна, представљају централне „националне симболе“ у култури и свести европских народа.

Вредносни (идејни) извор правних норми, па тако и европског трговинског права продаје, зависи од система прихваћених друштвених вредности, који одређује распоред овлашћења и обавеза у правним односима.⁹⁰⁸ Док материјални извори права представљају узроке који доводе до стварања права, дотле вредносни извори права одређују начин на који треба нормирати правне односе. Главна разлика између различитих правних система лежи у односу између принципа савесности и поштења, на једној страни, и принципа слободе уговарања, на другој страни. Док неки правни системи, као што је немачки, дозвољавају уговорној страни да се повуче из уговора позивајући се на принцип савесности и поштења, дотле други правни системи, као што је француски, не допуштају такву могућност.⁹⁰⁹ С друге стране, енглеско право уопште не признаје принцип савесности и поштења као општу уговорну обавезу, тако да судије нису овлашћене да врше било какву интервенцију у погледу извршења уговорених обавеза. Предлог Уредбе о заједничком европском праву продаје изричито прописује своје „генералне принципе“ ограничавајући се на принципе слободе уговарања (*Freedom of contract*), добре вере и поштења (*Good faith and fair dealing*), сарадње (*Co-operation*).

Европска унија, у својој целовитости, представља „вишеслојни систем политичког управљања“.⁹¹⁰ Од краја 60-их година прошлог века, у западној Европи, уследила је замена концепта „националне државе“ новим концептом „регулаторне државе“. Савремено европско грађанско право није оно које је садржано у великим грађанским кодификацијама, као што је то био случај у ери националних држава, него добија облик „регулаторног“ грађанског права, који одговара концепту „регулаторне државе“. Овај процес прати опадање значаја националног трговинског права, јер се већина трансакција одвија ван граница националне државе, и пораст значаја Европске уније, као тржишне државе (*EU Market State*), која ствара

⁹⁰⁸ Р. Лукић, Б. Кошуткић, 290.

⁹⁰⁹ J. M. Smits (2002), 191.

⁹¹⁰ M. Jachtenfuchs, 245.

ново „регулаторно“ трговинско право кроз усвајање уредби и директива, али и кроз сарадњу са недржавним ентитетима и интеракцију са државама чланицама.⁹¹¹

Садашње европско трговинско право представља вишеслојни правни поредак у којем мноштво учесника креира пословни амбијент и регулише услове пословања. Учесници су како носиоци јавних овлашћења, тако и приватна лица, и на националном и на ЕУ и међународном нивоу. Поставља се питање који од ових учесника има најадекватније компетенције да регулише ове односе, на ком нивоу и на који начин? Као прва претпоставка за један од могућих сценарија перспективе развоја европског трговинског права продаје, јавља се чињеница да вакум који настане неактивношћу једног од учесника бива надомештен повећаном активношћу других учесника. Као другу претпоставку узећемо тврдњу да ће се процес европеизације (глобализације) наставити, што ће довести до даље денационализације (трговинског) права и стварања вишеслојног система одлучивања у ЕУ,⁹¹² с тим да ће се смањити политичка спремност држава чланица за даље интеграције.

Сви покушаји да се трговинско право националним кодификацијама сабије у националне оквире показали су се безуспешним, јер је трговина успешно превазилазила постављене баријере кроз спонтани развој правила аутономног права, чиме је показала да може бити само интернационална.⁹¹³ Европско трговинско право ствара се и активношћу међународних владиних организација, међународних невладиних организација и професионалним удружењима трговаца и привредника, те акадамске заједнице. Меко право представља алтернативни метод класичном приступу „од врха према доле“ који се спроводи кроз усвајање уредби, директива и имплементирајућих одредби националног права. Процес унификације и кодификације европског (трговинског) права од стране професионалних невладиних организација се већ препознаје као доминантан и означава се као „приватна кодификација“ или „незаконодавна кодификација“.⁹¹⁴ Најзначајније експертске групе су *Acqui-Group*, Европска комисија за уговорно право, Студијска група за Европски грађански законик.

Пред европског законодавца поставља се више дилема у погледу даљег развоја. Прва дилема односи се на питање да ли је могуће и пожељно јединствено регулисање трговинских уговора и грађанских уговора, односно потрошачких уговора? Друга дилема поставља питање да ли будућа правила треба да се примењују само на уговорне односе између привредних субјеката унутар ЕУ или је оправдано да се његова примена прошири и на међународну трговину, као и на трговину унутар граница једне државе. Трећа дилема се односи на одређивање субјеката и њихове улоге у процесу кодификације европског уговорног трговинског права. Четврта дилема се односи на одабир мера, које су најадекватније за остваривање циља.

Након што су у децембру 2015. године предложене три директиве које су засноване на предлогу Уредбе заједничког европског права продаје, али које за циљ имају стварање јединственог дигиталног тржишта ЕУ, било је јасно да развој европског трговинског права продаје неће ићи у правцу усвајања предлога Уредбе о заједничком европском праву продаје. Перспектива кодификације европског трговинског права продаје увелико зависи и од граница које су иманентне трговинском праву при савременом обављању трговинских активности. Иако је неки аспект трговинске активности правно регулисан, то не значи да ће се привредни субјекти придржавати правила, уколико би то могло нарушити поверење и добре пословне односе.⁹¹⁵ Некад се пословна пракса управо развија без узимања у обзир трговинских правила, па чак и у супротности с трговинским правилима.⁹¹⁶ Из тога произлази

⁹¹¹ Н.-W. Micklitz, 83.

⁹¹² Hague Institute for the Internationalisation of Law, 14.

⁹¹³ М. Васиљевић (2018), 31.

⁹¹⁴ Вид. N. Jansen (2010).

⁹¹⁵ С. Mitchell, 684-687.

⁹¹⁶ Ch. Twigg-Flesner, G. V. Puig, 3.

да је трговинско право ограничено само на реалну примену правила при обављању трговинских активности, тако да су границе „реалног“ трговинског права уже од граница „теоријског“ трговинског права.

Ако нас нечему учи скорија историја европских интеграција, онда је то непрекидно осцилирање у интензитету и начину европеизације права у Европској унији. Тако се, као један од могућих сценарија појављује и усвајање правно обавезујућег инструмента о европском (трговинском) праву продаје, од стране институција ЕУ, као 29. правног режима.

ЛИТЕРАТУРА

Домаћа литература

Аврамовић, Драгутин, „Омекшавањем права ка међународној владавини права?“, *Српска политичка мисао* 2/2011.

Аксић, Сава, „Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа“, *Хармонизација грађанског права у региону* (ур. Милан Томић), Источно Сарајево 2013.

Антић, Оливер, „Морал (етика) у грађанском праву“, *Хармонизација грађанског права у региону* (ур. Дијана Марковић Бајаловић), Источно Сарајево 2013.

Антић, Оливер, *Облигационо право*, Београд 2008.

Бартош, Милан, „Концепција ‘чисте кодификације’ као кочница прогресивног развоја међународног права“, *Глас САНУ* 10/1961.

Благојевић, Борислав, *Грађанско-правни облигациони уговори*, Београд 1947.

Богишић, Валтазар, *О значају правних обичаја*, Београд 1927.

Божанић, Драган, **Поповић**, Јелена, *Хоризонтални правни оквир у области инфраструктуре квалитета у Републици Србији*, Министарство финансија и привреде Републике Србије, Београд, 2012.

Вајс, Алберт, „Неке законитости у историјском развоју права“, *Зборник радова из правне историје*, Правни факултет у Београду, 1966.

Варади, Тибор, **Бордаш**, Бернадет, **Кнежевић**, Гашо, *Међународно приватно право*, Нови Сад 2005.

Васиљевић, Мирко, **Радовић**, Вук, **Јевремовић-Петровић**, Татјана, *Компанијско право Европске уније*, Београд 2012.

Васиљевић, Мирко, „Привреда и нови Грађански законик Србије“, *Право и привреда* 4-6/2015.

Васиљевић, М., „Реформа права у привреди“, *Право и привреда* 4-6/2014.

Васиљевић, М., *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд 2013.

Васиљевић, М. *Трговинско право*, Београд 2018¹⁶.

Вилус, Јелена *et al.*, *Међународно привредно право*, Нови Сад 2012.

Водинелић, Владимир, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2017.

Вукадиновић, Радован, „Од угледања на европске узоре до регионалне хармонизације – друга страна медаље“, *Ревизија за европско право* 17/2015.

Вукадиновић, Р., „Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права“, *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства* (ур. Р. Вукадиновић), Крагујевац 2001.

Вукадиновић, Р., „Трансформација и конституционализација права ЕЗ и ЕУ“, *Друштвени изазови европских интеграција* (ур. Никола Јовановић), Нови Сад 2010.

Букадиновић, Р., „Употреба и злоупотреба хармонизације домаћег права са правом ЕУ“, *Право Републике Србије и право ЕУ – стање и перспективе* (ур. Наташа Стојановић, Срђан Голубовић), Ниш 2009.

Букадиновић, Р., *Како усклађивати домаће прописе са правом Европске уније*, Крагујевац 2004.

Букадиновић, Р., *Међународно пословно право (општи и посебни део)*, Крагујевац 2012.

Букадиновић, Р., *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2014, 3.

Вулетић, Владимир, „Ius commune Europaeum – Нови термин за старо решење“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011.

Вулетић, В. „Од *bona fides* до начела савесности и поштења“, *Анали Правног факултета* 1/2010.

Вулетић, В., „Да ли је Европско приватно право могуће“, *Правни живот* 11/2008.

Гамс, Андрија, *Увод у грађанско право – Општи део*, Београд 1964.

Гамс, А. „Својина и односи јавног и приватног“, *Правни живот* 8–10/1989.

Гамс, А. „Старо и ново у нашем грађанском праву“, *Анали Правног факултета* 4/1958.

Дудаш, Атила, „Од Начела европског уговорног права до Нацрта оквирних правила“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012.

Ђорђевић, Милена, „Начело савесности и поштења – универзални принцип међународне трговине“, *Правни живот* 10/2004.

Ђорђевић, Милена, Јовановић, Марко, „Нецаринске мере заштите као мете ограничења слободе трговине робом у светлу праксе Европског суда правде и Тела за решавање спорова Светске трговинске организације“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. В. Радовић), Београд 2012.

Ђурђев, Душанка, „Soft law у европском комунитарном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013.

Ђурђевић, Марко, Павић, Драган, „О условљеној и усмереној слободи уговарања привредних субјеката“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2016.

Ђурђевић, Марко, „Неизвршење уговора – Упоредно проучавање на основу реформисаног француског Грађанског законика и Закона о облигационим односима“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. В. Радовић), Београд 2018.

Ђурђевић, М., „Преднацрт Грађанског законика Републике Србије из 2015. године – Осврт на предлоге неких правила о дејствима уговора“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. В. Радовић), Београд 2019.

Ђурђевић, М., „Реформа облигационог права у Србији и Француској – Упоредни поглед на законодавне промене, њихове подстицаје, токове развитка и изворе“, *Српска политичка мисао* 3/2016.

Ђурђевић, М., „Нове одредбе француског Грађанског законика о дејствима уговора између уговорних страна и дејствима уговора према трећим лицима“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. Вук Радовић), Београд 2017.

Ђурђевић, М., „Талковања, измене и допуне Српског грађанског законика у првих двадесет година његовог важења“, *Српски грађански законик – 170 година* (ур. М. Полојац, З. С. Мирковић, М. Ђурђевић), Београд 2014.

Ђурђевић, Ненад, „Место облигационог права у Немачком грађанском законнику“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002.

Ђуровић, Радомир, **Трајковић**, Миодраг, *Лексикон права међународних привредних односа*, Београд 1982.

Јеличић, Божидар, „Циљеви ЕУ – Историја, садашњост и будућност европских интеграција“, *CIVITAS* 2/2005.

Јовановић, Мила, „Римске кодификације од закона XII таблица до Јустинијановог *Corpus Iuris Civilis*“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002.

Јовановић, Небојша, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/ 2008.

Јовановић, Н., „Прелетом’ преко главних слабости Преднацрта грађанског законика у облигационим односима“, *Право и привреда* 4-6/2015.

Јовановић, Н., *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Београд 2008.

Карчић, Фикрет, *Модерне правне кодификације*, Сарајево 2006.

Ковачевић Куштримовић, Р., **Лазић**, М., „Грађански законик Србије и право Европске уније“, *Актуелна питања грађанске кодификације* (ур. Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић), Ниш 2008.

Константиновић, Михаило, „Југословенски грађански законик“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982.

Крстић, Милош, „Теорија рационалног избора и Бекоров модел случајног понашања“, *Мегатренд ревија* 2/2015.

Круљ, Врлета, „Слобода уређивања облигационих односа“, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига I (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980.

Лукић, Радомир, **Кошутић**, Будимир, *Увод у право*, Београд, 2004.

Лукић, Радомир, *Теорија државе и права, II књига, теорија права*, Београд 1954.

Лукић, Р., *Тумачење права*, Београд 1961.

Мешкић, Златан, „Ограничење страначке аутономије у европском колизионном праву“, *Ревиија за европско право* XIV/2012.

Миленовић, Дара, „Привредно право (Појам и предмет)“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002.

Мисита, Невенко, *Европска унија – унутрашње тржиште*, Сарајево 2014.

Мисита, Н., „Лисабонски уговор – садржај и ревизија уставног оквира“, *Ревиија за европско право* 2-3/2012.

Мисита, Н., *Настанак и развој Европских заједница*, Сарајево, 2010.

Михајловић, Борко, „Има ли места потрошачким уговорима у новом Грађанском законнику Србије“, *Право и привреда* 4-6/2015.

Мишчевић, Тања, „Међународне владине организације – савремена пракса као израз самосталне воље“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016.

Мораит, Бранко, „Право конкуренције и слобода уговарања“, *Однос права у региону и права ЕУ* (ур. Горан Марковић), Источно Сарајево 2015.

Никчевић, Томица, *О научном методу В. Богишића*, Београд 1967.

Орлић, Миодраг, „Покушај да се донесе нови грађански законик“, *Српски грађански законик – 170 година* (ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић), Београд 2014.

Перовић, Јелена, „Унификација као будућност уговорног права“, *Економика предузећа* 5–6/2000.

Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Београд 1980.

Перовић, С., „Границе слободе уговарања“, *Анали Правног факултета* 5-6/1971.

Перовић, С., *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд 1975.

Салма, Јожеф, „Грађанскоправни и трговински уговори“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010.

Салма, Ј., „О кодификационој историји мађарског грађанског права и о новом Мађарском грађанском законик“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014.

Сич-Фејеш, Магдолна, *Codex Theodosianus*, докторска дисертација, Београд 1991.

Спаић, Бојан, „Како баратати правним принципима?“, истраживачки рад бр. 1/2006, Центар за правосудна истраживања, Београд.

Станковић, Обрен, **Водинелић**, Владимир, *Увод у грађанско право*, Београд 2004.

Старовић, Боривој, „Поглед на право и остваривање права Европских заједница“, *Право, теорија и пракса* 8-10/1992.

Стојановић, Драгољуб, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1968.

Ћирић, Александар, „Карактеристике јединственог тржишта Европске уније“, *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* (ур. Невена Петрушић), Ниш 2009.

Фишер-Шобот, Сандра, „Уговорно одређење саобразности роба“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–2/2008.

Хасанбеговић, Јасминка, „Скица о правно-политичком значају и безначајности правних принципа за правосуђе с освртом на стање у Србији“, *Правни принципи* (ур. Един Шарчевић), Сарајево 2014.

Цветић, Раденка, „Систематика грађанских законика“, *Грађанска кодификација* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2002.

Чавошки, Александра, **Кнежевић-Бојовић**, Ана, „Претходно питање пред Европским судом правде“, *Српско право и међународне судске институције* (ур. Јован Ћирић), Београд 2009.

Шарчевић, Един, „Интегрални и сумативни приступ правним принципима“, *Правни принципи* (ур. Един Шарчевић), Сарајево 2014.

Шаховић, Милан, *Опита питања кодификације међународног права*, докторска дисертација, Београд 1958.

Страна литература

Adar, Yehuda, **Sirena**, Pietro, „Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law“, *Rules and Principles in European Contract Law* (eds. Jacobien Rutgers, Pietro Sirena), Cambridge – Antwerp – Portland 2015.

Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002.

Alexy, R., „Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus* 22/2014.

Amato, Cristina, „The Europeanisation of Contract Law and the Role of Comparative Law: The Case of the Directive on Consumer Rights“, *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?* (eds. James Devenney, Mel B. Kenny), Cambridge 2013.

Arrow, Kenneth, „Gifts and Exchanges“, *Philosophy & Public Affairs* 4/1972.

Atiyah, Patrick Selim, *The rise and fall of freedom of contract*, London 1979.

Baldwin, Richard, „On the Growth Effects of 1992“, *Economic Policy* 5/1989.

Barents, Rene, „The Internal Market Unlimited: Some Observation On The Legal Basis of Community Legislation“, *Common Market Law Review* 30/1993.

Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford 2013.

Basedow, Jürgen *et al.* „Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final“, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 75/2011.

Beckers, Anna, **Kornet**, Nicole, **Oosterhuis**, Janwillem, „Who Does What in Commercial Law? The Case for a Multi-level & Multi-Actor Approach to Regulating Commercial Transactions“, *Maastricht European Private Law Institut – Working paper* 8/2015.

Berger, Klaus, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London 1999.

Berger, K., „The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification of Law”, *European Review of Private Law* 9/2001.

Bonde, Jens-Peter, *New Name – Same content, The Lisbon Treaty – is it also an EU Constitution?*, Denmark 2007.

Bonell, Michael Joachim, *The UNIDROIT Principles in Practice*, New York 2006.

Bonell, M. J., *An international restatement of contract law: the UNIDROIT principles of international commercial contracts*, New York 2005.

Brownsword, Roger, **Hird**, Norma J., **Howells**, Geraint (eds.), *Good Faith in Contract*, Dartmouth 1999.

Castermans, Alex Geert, **De Graaff**, Ruben, **Haentjens**, Matthias, „The digital single market and legal certainty: a critical analysis of the Common European Sales Law“, *Hazelhoff Research Paper* 6/2015.

Cecchini, Paolo *et al.*, *The European Challenge 1992: The benefits of a Single Market*, Brussels 1988.

Chalmers, Damian, **Davies**, Gareth, **Monti**, Giorgio, *European Union Law*, Cambridge 2010.

Chance, Clifford LLP, *Survey on European Contract Law*, London 2005.

Charny, David, „Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships“, *Harvard Law Review* 104/1990.

Cipek, Tihomir, „Politike identiteta Evropske unije: u ‘potrazi za kolačićima male Madeleine’“, *Anali HPD* 01/2004.

Coase, Ronald, „The nature of the firm“, *Economica* 4/1937.

Collins, Hugh, *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge 2008.

Cordero-Moss, Giuditta, “Consumer Protection Except for Good Commercial Practice: A Satisfactory Regime for Commercial Contracts?“, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* (ed. Reiner Schulze), München 2009.

Craig, Paul, **De Búrca**, Gráinne, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford 2008.

Cranston, Ross, „Commercial Law and Commercial Activity“, *Commercial and Consumer Law: National and International Dimensions*, Oxford 1993.

Cullen, Holly, **Charlesworth**, Andrew, „Diplomacy by Other Means: The Use of Legal Basee Litigation as a Political Strategy by the European Parliament and Member States, *Common Market Law Review* 36/1999.

Dashwood, Alan *et al.*, *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, London 2000⁴.

Dashwood, A., „The Limits of the European Community Powers“, *European Law Review* 21/1996.

Davies, Garreth, „Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time“, *Common Market Law Review* 43/2006.

De Búrca, Gráinne, „The European Constitution Project after the Referenda“, *Constellations* 13/2006.

De Ly, Filip, “Opting Out: Some Observations on the Occasion of CISG 25th Anniversary”, *Quo vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (ed. Franco Ferrari), Brussels 2011.

Devlin, Patrick, „The Relation Between Commercial Law and Commercial Practice“, *Modern Law Review* 14/1951.

Dietz, Thomas, „Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks in International Trade: An Empirical Investigation into Cross-Border Contracts in the Software Industry“, *Law and Social Inquiry* 37/2012.

Dworkin, Ronald, “The model of rules”, *The University of Chicago Law Review* 35:14/1967.

Eidenmuller, Horst *et al.*, „The common frame of reference for european private law – Policy choice and codification processes“, *Oxford Journal of Legal Studies* 28/2008.

Emerson, Michael *et al.*, *The Economist of 1992, The EC Commission's Assessment of the Economic Effects of Completing the Internal Market*, Oxford 1988.

Ferrari, Franco (ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, Munich 2008.

Fitzgerald, Peter, „An Empirical Study of the Value and Utility of the United Nation’s Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to Practitioners, Jurists, and Legal Academics in the United States“, *Journal of Law and Commerce* 27/2008.

Flechtner, Harry, „The history, rationale and ‘enactment architecture’ of the UCC“, *CISG vs. regional sales law unification* (ed. Ulrich Magnus), Munich 2012a.

Flechtner, H., „The U.S. experience with the UCC and CISG: Some insights for the proposed CESL“, *CISG vs. regional sales law unification* (ed. U. Magnus), Munich 2012b.

Foster, Nigel, *EU law - Directions*, Oxford 2010.

Foster, N., *EU law*, Oxford 2009.

Foster, N., *Foster on EU law*, Oxford 2015.

Freeman, Michael, *The Legal Structure*, London 1974.

Gomez, Fernando, „The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective“, *INDRET* 2/2008.

Goode, Roy, „The Codification of Commercial Law“, *Monash University Law Review* 14/1988.

Goode, R., „Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation“, *Electronic Journal of Comparative Law*, 7.4/2003, доступно на: <https://www.ejcl.org/74/art74-1.html>, 6.7.2019.

Grundmann, Stefan, „The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law“, *European Review of Private Law* 9/2008.

Grundmann, Stefan, „The structure of European Law“, *European Review of Private Law* 9/2001.

Grundmann, Stefan, **Kerber**, Wolfgang, **Weatherill**, Stephen (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin 2001.

Haas, Ernst, *The Uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, Notre Dame, IN, 2004.

Haas, E., „International Integration: The European and the Universal Process“, *International Organization* 15/1961.

Hadžiahmetović, Saša (ur.), *Nemačka socijalna tržišna privreda – Osnovne ideje, principi i koncept*, Beograd 2012.

Hage, Jaap, „What is a legal transaction?“, *Law as Institutional Normative Order* (eds. Maksymilian Del Mar, Zenon Bankowski), Edinburgh 2013.

Hesselink, Martijn, **Rutgers**, Jacobien, **Booys**, Timothy, „The legal basis for an optional instrument on European contract law“, *Centre for the Study of European Contract Law* 4/2007.

Hesselink, Martijn, „How many systems of private law are there in Europe?“, *Pluralism and European private law* (ed. Leone Niglia), Oxford 2013.

Hesselink, M., „The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law“, *Tulane Law Review* 83/2008.

Hesselink, M., „An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade?“, *Centre for the Study of European Contract Law* 06/2010.

Hesselink, M., „The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy“, *CSECL* 14/2011.

Hesselink, M., „Contract theory and EU contract law“, *CSECL* 09/2015.

Heutger, Viola, **Jeloschek**, Christoph, „Towards Principles of European Sales Law“, *Towards a European Civil Code* (eds. A. Hartkamp *et al.*), Kluwer International Law, Nijmegen 2004³.

Jachtenfuchs, Markus, „The Governance Approach to European Integration“, *Journal of Common Market Studies* 39/2001.

Jansen, Nils, **Michaels**, Ralf, „Beyond the State? Rethinking Private Law“, *American Journal of Comparative Law* 56/2008.

Jansen, Nils, „Dogmatising Non-legislative Codifications: Non-legislative Reference Texts in European Legal Discourse“, *The Foundations of European Private Law* (eds. Roger Brownsword, Hans-Wolfgang Micklitz, Leone Niglia, Stephen Weatherill), Oxford 2011.

Jansen, N., „Dogmatising Non-legislative Codifications: Non-legislative Reference Texts in European Legal Discourse“, *The Foundations of European Private Law* (eds. Roger Brownsword, Hans-Wolfgang Micklitz, Leone Niglia, Stephen Weatherill), Oxford 2011.

Jansen, N., *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford 2010.

Josipović, Tatjana, „Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*, Beograd 2010.

Jovanović, Nina, *Bihevioralna ekonomija i ponašanje potrošača*, Zadar 2016.

Kadelbach, Stefan, „Union Citizenship“, *Jean Monnet Working Paper* 9/2003, Heidelberg.

Land, Ole, Beale, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, The Hague/London/Boston 2000.

Lando, Ole, „Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium“, *Scandinavian Studies in Law* 40/2000.

Lando, O., „Optional or mandatory Europeanisation of contract law“, *European Review of Private Law* 8/2000.

Lando, O., „My life as a lawyer“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3/2002.

Leczykiewicz, Dorota, „‘Where Angels Fear to Tread’: The EU Law of Remedies and Codification of European Private Law“, *European Review of Contract Law* 1/ 2012.

Lenaerts, Koen, Maselis, Ignace, Gutman, Kathleen, *EU procedural law*, Oxford 2014.

Lewis, David, *God's Crucible: Islam and the Making of Europe 570 – 1215*, New York 2008.

Magnus, Ulrich, *Action plan for a European contract law: European contract law and CISG*, 2003, доступно на:
http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-35.pdf, 20.10.2017

Magnus, U., „Introduction“, *CISG vs. regional sales law unification* (ed. U. Magnus), 2012.

Mak, Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law International, The Netherlands 2008.

Manko, Rafal, „Methods for unifying private law in the EU“, Brussels 2014.

Marks, Gary, „Structural policy and multi-level governance in the EC“, *The State of the European Community: The Maastricht Debate and Beyond* (eds. A. Cafurny, G. Rosenthal), New York 1993.

Mazucelli, Colette, *France and Germany at Maastricht: Politics and Negotiations to Create the European Union*, New York 1997.

McKendrick, Ewan, *Goode on Commercial Law*, London 2010.

Meškić, Zlatan, „Osnove evropskog kolizionog prava“, *Revija za evropsko pravo* 2-3/2010.

Meškić, Z., „Harmonizacija Evropskog potrošačkog prava – Zelena knjiga 2007. godine i Nacrt zajedničkog referentnog okvira“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 46(3)/2009.

Michaels, Ralf, Jansen, Nils, „Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization“, *Duke Law School Legal Studies - Research Paper Series* 137/2007.

Micklitz, Hans-W., „Codification Mania and the Changing Nation State: A European Perspective“, *Codifying Contract Law: International and Consumer Law Perspectives* (eds. Mary Keyes, Therese Wilson), London 2016.

- Miller**, Lucinda, *The Emergence of the EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford 2011.
- Mitchell**, Catherine, „Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction between the Real and Paper Deal“, *Oxford Journal of Legal Studies* 29/2009.
- Moravcsik**, Andrew, „Europe without Illusions: A category error“, *Prospect*, 23.7.2005, 5, dostupno na: <https://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/europewithoutillusions>, 30.6.2017.
- Muller**, Sam *et al.*, *Law Scenarios to 2030: Signposting the legal space of the future*, The Hague Institute for the Internationalisation of Law, The Hague 2011.
- Mumford**, Richard Stephen James, „The Legality of the Optional Instrument in the Area of European Contract Law“, 2004, dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mumford.html>, 12.3.2016.
- Niglia**, Leone, *The Struggle for European Private Law: A Critique of Codification*, Oxford 2015.
- O'Connor**, John F., *Good Faith in English Law*, Dartmouth 1990.
- Osman**, Magda, „Behavioral Economics: Where Is It Heading?“, *Psychology* 6/2015.
- Osrečak**, Jadranka, „Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja“, *Zagrebačka pravna revija* 1/2014.
- Parmentier**, Miriam, „Uniform Sales Law – encyclopedia entries“, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (ed. Wolfrum Rüdiger), Oxford 2012.
- Patti**, Salvatore, „Contractual autonomy and european private law“, *Rules and Principles in European Contract Law* (eds. Jacobien Rutgers, Pietro Sirena), Cambridge – Antwerp – Portland 2015, 125.
- Pedden**, Elisabeth, „Implicit Good Faith – or Do We Still Need an Implied Term Of Good Faith?“, *Journal of Contract Law* 25-1/2009.
- Peel**, Edwin, *Treitel on the Law of Contract*, London 2011.
- Pelkmans**, Jacques *et al.*, „The European Single Market – How Far from Completion?“, *Intereconomics* 46/2011.
- Perfumi**, Chiara, „Theory and practice of constructing a common contract law terminology“, *Opinion Juris in Comparatione* 1/2012.
- Pieck**, Manfred, „A study of the significant aspects of german contract law“, *Annual survey of international and comparative law* 3/1996.
- Podolnjak**, Robert, „Od Laekena do Lisabona – uspon i pad Ustavnog ugovora“, *Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor* (ur. Siniša Rodin, Tamara Čapeta, Iris Goldner Lang), Zagreb 2009.
- Ranieri**, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht*, Nördlingen 2009.
- Reich**, Norbert, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge 2014.
- Ringe**, Wolf-Georg, „The Law of Assignment in European Contract Law“, *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale* (eds. Louise Gullifer, Stefan Vogenauer), Oxford 2014.
- Rosamond**, Ben, *Theories of European integration*, New York 2000.
- Rowan**, Solene, „The new French law of contract“, *International and Comparative Law Quarterly* 66(4)/2017.

- Rutgers**, Jacobien W., „The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR”, *ERCL* 2/2009.
- Saf**, Carolina, „Private International Law Aspects of Substantive Law Harmonisation“, *Swedish Perspectives on Private Law Europeanisation* 9/2017.
- Schepel**, Harm, “Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law”, *European Review of Private Law* 5-6/2013.
- Schulze**, Reiner, **Zoll**, Fryderyk, *European Contract Law*, Baden-Baden 2016.
- Schwartz**, Andreas, „Design for an Empirical Data Investigation Into the Impact of Existing Contract Law Harmonization Under the White Paper of 1985“, *An Academic Green Paper on European Contract Law* (eds. Stefan Grundmann, Jules Stuyck), Hague 2002.
- Schwenzer**, Ingeborg, „The proposed common European sales law and the Convention on the International Sale of Goods“, *Uniform Commercial Code Law Journal* 44/2012.
- Schwenzer**, Ingeborg, **Kee**, Christopher, “Global Sales Law: Theory and Practice”, *Towards Uniformity: The 2nd Annual MAA Peter Schlechtriem CISG Conference* (eds. Ingeborg Schwenzer, Lisa Spagnolo), Hague 2011.
- Schwenzer**, Ingeborg, **Kee**, Christopher, **Hachem**, Pascal, *Global Sales and Contract Law*, Oxford 2012.
- Senden**, Linda, „Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?“, *Electronic Journal of Comparative Law* 9.1/2005.
- Simpson**, Alfred William Brian, *Legal theory and legal history: Essays on the common law*, London 1987.
- Smith**, Stephen A., *Contract Theory*, Oxford 2004.
- Smits**, Jan Martien, „Of the vocation of our age against codification: on Civil Codes in the Information society“, *Tradition, Codification and Unification* (eds. John Michael Milo, Jan H. A. Lokin, Jan Martien Smits), Cambridge-Antwerp 2014.
- Smits**, J. M., „European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order“, *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 3/2006.
- Smits**, J. M., „The practical importance of harmonization of commercial contract law“, *Modern Law for Global Commerce* (ed. UNCITRAL secretariat), Vienna 2007.
- Smits**, J. M., *Contract Law: A Comparative Introduction*, UK 2014.
- Smits**, J., „Plurality of Sources in European Private Law, or How to Live With Legal Diversity“, *The Foundations of European Private Law* (eds. Robert Brownsword *et al.*), Oxford 2011.
- Smits**, J., „The Future of Contract Law in Europe“, *Maastricht European Private Law Institut – Working paper* 2/2015.
- Smits**, J., „The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. Antoni Vacquer), Valencia, 2005.
- Smits**, J., *The Making of European Private Law*, Antwerp – Oxford – New York 2002.
- Stuyck**, Jules, „The ECJ as a motor of private law“, *European Union Private Law* (ed. Ch. Twigg-Flesner), London 2010.
- Swann**, Dennis, *The Economics of the Common Market*, London 1992.

- Tichý**, Luboš, „Processes of Modernization of Private Law Compared, and the CFR’s Influence“, *Juridica International* XV/2008.
- Tridimas**, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford 2007.
- Twigg-Flesner**, Christian, **Villalta Puig**, Gonzalo, „Introduction: The Boundaries of Commercial Law“, *Boundaries of Commercial and Trade Law*, (eds. Ch. Twigg-Flesner, G. Villalta Puig), Munich 2011.
- Twigg-Flesner**, Christian, *The Europeanisation of Contract Law: Current Controversies in Law*, London 2008.
- Twigg-Flesner**, Ch., „Pre-Contractual Duties From the Acquis to the Common Frame of Reference“, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* (eds. Reiner Schulze), Munich 2009.
- Twigg-Flesner**, Ch., „Some Thoughts on the Harmonisation of Commercial Law and the Impact on Cross-border Transactions“, *Boundaries of Commercial and Trade Law* (eds. Christian Twigg-Flesner, Gonzalo Villalta Puig), Munich 2011.
- Twigg-Flesner**, Ch., „Some Thoughts on the Harmonisation of Commercial Law and the Impact on Cross-border Transactions“, *Boundaries of Commercial and Trade Law* (eds. Ch. Twigg-Flesner, G. Villalta Puig), Munich 2011.
- Twigg-Flesner**, Ch., *The Europeanisation of Contract Law*, London-New York 2013.
- Van den Bossche**, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge 2008.
- Van Hoecke**, Mark, **Ost**, François (eds.), *Harmonization of European Private Law*, Oxford 2000.
- Vogenauer**, Stefan, „The DCFR and the CESL as Models for Law Reform“, *The Common European Sales Law in Context*, Oxford 2013.
- Vogenauer**, Stefan, **Kleinheisterkamp**, Jan (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, New York 2009.
- Vogenauer**, Stefan, **Weatherill**, Stephen, „The European Community’s Competence for a Comprehensive Harmonization of Contract Law. An Empirical Analysis“, *European Law Review* 30/2005.
- Von Bar**, Christian *et al.*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009.
- Von Staudinger**, Julius, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2009.
- Vukadinović**, Radovan, „Many faces of the principle of the direct effect in European Community law“, *Private Law Reform in South East Europe* (eds. Mirko Vasiljevic *et al.*), Belgrade 2010.
- Weiler**, Joseph, „The Transformation of Europe“, *Yale Law Journal* 100/1991.
- Whish**, Richard, *Competition Law*, Oxford 2009.
- Whittaker**, Simon, **Riesenhuber**, Karl, „Conceptions of Contract“, *The Common European Sales Law in Context* (eds. Gerhard Dannemann, Stefan Vogenauer), Oxford 2013.
- Whittaker**, S., *Draft Common Frame of Reference. An Assessment*, Assessment commissioned by the Ministry of Justice UK, November 2008.
- Whittaker**, Simon, „The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract“, *European Review of Contract Law* 7/2011.

Wijffels, Alain, „A New Software-Package for an Outdated Operating System“, *The Harmonisation of the European Private Law* (eds. Mark van Hoecke, Franyois Ost), Oxford 2000.

Winter, Joseph, „Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law“, *Common Market Law Review* 9/1972.

Zimmermann, Reinhard, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005.

Zimmermann, R., „Civil Code and Civil Law: The Europeanization of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science“, *Columbia Journal of European Law* 1/1994-95.

Zimmermann, R., „Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law“, *ERCL* 8/4/2012.

Zimmermann, R., „Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *Towards a European Civil Code* (ed. Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius), The Hague 2004.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

Zimmermann, R., **Whittaker**, Simon, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge 2000.

Прописи

- Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 9/74.
- Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 66/1946.
- Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.
- Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.
- Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 95/2013.
- Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016, 44/2018.
- Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84.
- Немачки грађански законик из 1896. године (*Bürgerliches Gesetzbuch*).
- Француски Грађански законик из 1804. године (*Code civil*).
- Француски Трговачки законик из 1807. године (*Code de commerce*).
- Немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*).
- *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG*, доступно на: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, 18.03.2020.
- *Treaty establishing the European Economic Community*, доступно на: https://www.cvce.eu/en/obj/treaty_establishing_the_european_economic_community_rome_25_march_1957-en-cca6ba28-0bf3-4ce6-8a76-6b0b3252696e.html, 13.3.2020.

- *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306, 17.12.2007.*
- *Consolidated version of Treaty on European Union, OJ C 326, 17.12.2007.*
- *Treaty on European Union, доступно на: https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf, 13.3.2020.*
- *Treaty on the Functioning of the European Union of 13 December 2007 – consolidated version, OJ C 326, 26.10.2012.*
- *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocol (No 21) on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice, OJ C 202, 7.6.2016.*
- *Consolidated version of the Treaty on European Union – Protocols – Protocol (No 27) on the internal market and competition, OJ C 115, 9.5.2008.*
- *Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2007/C 303/01, 14.12.2007.*
- *Agreement of Unified Patent Court, OJ C 175, 20.6.2013.*
- *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition: 1:105, https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/.*
- *Principles of European Contract Law (PECL), доступно на: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/, 13.3.2020.*
- *UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, Rome 1994, доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>, 25.10.2016.*
- *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), доступно на: https://www.trans-lex.org/400250/_/principles-of-the-existing-ec-contract-law-/, 25.10.2016.*
- *Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, OJ L 11, 14.1.1994.*
- *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001.*
- *Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), OJ L 294, 10.11.2001.*
- *Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), OJ L 207, 18.8.2003.*
- *Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 31.7.2007.*
- *Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008.*
- *Regulation (EC) No 764/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 laying down procedures relating to the application of certain national technical rules to products lawfully marketed in another Member State and repealing Decision No 3052/95/EC, OJ L 218, 13.8.2008.*
- *Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 23.4.2010.*

- *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351, 20.12.2012.*
- *Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, OJ L 257, 28.8.2014.*
- *Council Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, OJ L 372, 31.12.1985.*
- *Council Directive 86/653/EEC on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, OJ L 382, 31.12.1986.*
- *Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, OJ L 158, 23.6.1990.*
- *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993.*
- *Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4.6.1997.*
- *Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, OJ L 80, 18.3.1998.*
- *Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 7.7.1999.*
- *Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, OJ L 13, 19.1.2000.*
- *Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society service, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce), OJ L 178, 17.7.2000.*
- *Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, OJ L 200, 8.8.2000.*
- *Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, OJ L 271, 9.10.2002.*
- *Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation, OJ L 9, 15.1.2003.*
- *Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133, 22.5.2008.*
- *Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, OJ L 33, 3.2.2009.*
- *Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22.11.2011.*
- *Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending*

Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, OJ L 60, 28.2.2014.

- *European Parliament's Resolution on action to bring into line the private law of the Member States, OJ C 158 page 400, 26.6.1989.*
- *European Parliament resolution of 23 November 2010 on civil law, commercial law, family law and private international law aspects of the Action Plan Implementing the Stockholm Programme (2010/2080(INI)), P7_TA(2010)0426.*
- *Decision No 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products, and repealing Council Decision 93/465/EEC, OJ L 218, 13.8.2008.*
- *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD), 11.10.2011.*
- *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM(2001) 398, 11.7.2001.*
- *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European contract law – An action plan, COM/2003/0068 final, OJ C 63, 15.3.2003.*
- *Communication from the Commission – A Europe of Results – Applying Community Law, COM(2007) 502 final, 5.9.2007.*
- *Communication from the Commission: Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM(2010) 2020 final, 3.3.2010.*
- *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act: Twelve levers to boost growth and strengthen confidence: Working together to create new growth {SEC(2011) 467 final}, COM (2011) 206 final, 13.4.2011.*
- *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act II: Together for new growth, COM (2012) 573 final, 3.10.2012.*
- *Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions: The EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union, COM(2014) 144 final, 11.3.2014.*
- *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM(2004) 651 final, 11.10.2014.*
- *Commission of the European Communities, Completing the Internal Market – White Paper from the Commission to the European Council, COM (85) 310 final, 14.6.1985.*
- *EU Council, „Declaration on the occasion of the fiftieth anniversary of the signature of the Treaty of Rome“, Brussels 2007, доступно на: https://europa.eu/50/docs/berlin_declaration_en.pdf, 26.10.2016.*
- *Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, COM(2010) 348 final, 1.7.2010.*
- *Commission staff working paper: Impact Assessment, Accompanying the Document „Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law“ on a Common European Sales Law, SEC(2011) 1165 final, 24.12.2012.*

- European Parliament and the Council, *Report on the proposal for a regulation on a Common European Sales Law*, COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD), Brussels, 25 September 2013, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0301+0+DOC+XML+V0//EN#title2>, 29.10.2016.
- European Parliament, *Text of the proposal for a regulation on a Common European Sales Law adopted by Parliament, 1st reading/single reading*, Brussels 2014, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1339866&t=e&l=en>, 29.10.2016.
- European Commission, *Extract from the Political Guidelines for the next European Commission*, Brussels, 2015, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>, 31.10.2016.
- European Parliament, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, *Unfair Contract Terms Provisions in CESL*, Note, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201205/20120530ATT46060/20120530ATT46060EN.pdf>, 20.5.2019.
- Commission Staff Working Document: *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practice*, SEC(2009) 1666, 4.12.2009.
- Court of Justice of the European Union, *Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings*, OJ C 257, 20.7.2018.
- Opinion of the Court of 15 November 1994: Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property - Article 228 (6) of the EC Treaty. Opinion 1/94. European Court Reports 1994 I-05267.

Случајеви

- Case C-381/98, *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.* [2000] ECR I-9385.
- Case C-203/09, *Volvo* [2010] ECR – 10721.
- Case C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal* [1978] ECR 629.
- Case C-34/73, *Variola Spa v Amministrazione Delle Finanze Dello Stato*; [1973] ECR 981.
- Case C-26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.
- Case C-127/73, *BRT v SABAM* [1974] ECR 51.
- Case C-41-74, *Van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337.
- Case C-148/78 *Pubblico Ministero v Ratti* [1979] ECR 1629.
- Case C-22/87, *Commission v Italy* [1989] ECR 143.
- Case C-6/60, *Humblet v Belgian State* [1960] ECR 559.
- Case C-6/64, *Flaminio Costa v ENEL* [1964] ECR 585.
- Case C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr – und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.
- Case C-28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen v Hauptzollamt Paderborn* [1968] ECR 143.
- Case C-466/98, *Commission v United Kingdom* [2002] ECR I-9427.
- Case C-84/98, *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5171.
- Case C-324/93, *Evans Medical* [1995] ECR I-563.
- Case C-205/06 - *Commission v Austria*, 2009.

- Case C-249/06, *Commission v Sweden*, 2009.
- Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International v Council of the European Union and Commission of the European Communities*.
- Case *Tweddle v Atkinson* [1861] 1 B&S 393, 398, QB.
- Case C-26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.
- Case C-541/99, 22 November 2001, *Cape v Ideal Service*.
- Case C-6/64, *Costa v ENEL*, [1964] ECR 585.
- Case C-15/81 *Gaston Schul Douane Expeditie BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal* [1982] ECR 1409.
- Case C-158/04 and C-159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos AE v Elliniko Dimosio, Nomarkhiaki Aftodiikisi Loanninon* [2006] ECR I – 8135.
- Case C-412/93, *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA*, [1995], ECR I-179.
- Case C-24/68, *Commission v. Italy* [1969] ECR 193.
- Case C-8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837.
- Case C-88/07, *Commission v Spain*, Judgment 5 March 2009.
- Case C-319/05, *Commission v Germany* [2007] ECR I-9811.
- Case C-292/92, *Ruth Hüenermann et al. v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg* [1993] ECR I-6787.
- Case C-249/81, *Commission v. Ireland* [1982] ECR 4005.
- Case C-222/82, *Apple and Pear Development Council v. K. J. Lewis Ltd.* [1983] ECR 4083.
- Case C-237/82, *Jongeneel Kaas BV v. Netherlands* [1984] ECR 483.
- Case C-491/01, *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco* [2002] ECR I-11453.
- Case C-300/89, *Commission v. Council (Titanium Dioxide)* [1991] ECR I-2867.
- Case C-376/98, *Germany v. European Parliament and Council (Tobacco Advertising)*, [2000] ECR I-8419.
- Case C-380/03, *Germany v Parliament and Council* [2006] ECR I-11573.
- Case C-45/86, *Commission v. Council* [1987] ECR 1493.
- Case C-350/92, *Spain v. Council* [1995] ECR I-1985.
- Case C-377/98, *The Netherlands v. European Parliament and Council* [2001] ECR I-7079.
- Case C-436/03, *European Parliament v. Council* [2006] 3733.
- Case C-217/04, *UK v. European Parliament and the Council, (ENISA)* [2006] ECR I-3771.
- Case C-66/04, *UK. v. European Parliament and Council* [2005] ECR I-10553.
- Case C-415/05, *P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351.
- Case C-101/08, *Audiolux sa v Groupe Bruxelles Lambert sa (GBL)* [2009] ECR I-09823.
- Case C-218/82, *Commission v Council* [1983] ECR 4063.
- Case C-37/89, *Michel Weiser v Caisse Nationale des Barreaux Français* [1990] ECR I-2395.

- Case C-120/86, *Mulder v Minister van Landbouw en Visserij* [1988] ECR 2321.
- Case C-170/86, *Von Deetzen v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1988] ECR 2355.
- Joined Cases 581/10, *Nelson and Others v Deutsche Lufthansa AG* and C-629/10, *TUI Travel and Others v Civil Aviation Authority*.
- Case C-144/04, *Mangold*, [2005] ECR I-9981.
- Case C-555/07, *Küçükdeveci* [2010] ECR I-365.
- Case C-277/05, *Societe thermal d'Eugenie-les-Bains v Ministere de l'Economie, des Frances et de l'Industrie* [2007] ECR I – 6428.
- Case 19&03, *VY HH v O2* [2004] ECR I – 8183.
- Case C-240/97, *Spain v European Commission* [1999] E.C.R. I-6571.
- Case C-277/05, *Société thermique d'Eugénie-les-Bains v Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* [2007] E.C.R. I-6415.
- Case C-531/07, *Fachverband der Buch und Medienwirtschaft v LBRO handelsgesellschaft* [2009] ECR I-3717.
- Case C-339/89, *Alsthom Atlantique v Compagnie de construction mecanique Sulyer SA* [1991] ECR I-107.
- Case C-150/90, *The Society for the Protection of the Unborn Children v Grogan* [1991] ECR I – 4685.
- Case C-518/06, *Commission v Italy* [2009] ECR I-3491.
- Cases C-26 and 286/83 *Luisi and Carbone v Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.
- Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano*, [2000] ECR I- 4139.
- Case C-56/65, *Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235.
- Case C-319/82, *Société de Vente de Ciments et Betons de l'Est v Kerpen and Kerepen GmbH* [1983] ECR 4173.
- Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.
- Case T/228/97, *Irish Sugar PLC v Commission* [1999] ECR II – 2969.
- Case C-8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837.
- Case C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, [1979] ECR 649.
- Case C-216/84, *Commission v France* [1988] ECR 793.
- Case C-275/07, *Commission v Italia* [2009] ECR I-2005 [90].
- Case C-445/06, *Danske Slagterier v Germany* [2009] ECR I-2119.
- Case C-180/06, *Ilsinger v Martin Dreschers* [2009] ECR I – 3961.
- Case C-359/92, *Germany v Council* [1994] ECR I-3681.
- Joined Cases C-177/82 and C-178/82, *Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV* [1984] ECR 1797.
- Joined Cases C-158/04 & C-159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos* [2006] ECR I-8135.
- Joined Cases C-177/82 and C-178/82, *Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV* [1984] ECR 1797.

- United States District Court for the Southern District of New York, 91 Civ. 3253 (CLB), *Filanto, S.p.A., Plaintiff, v. Chilewich International Corp.*, 1992, доступно на <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html>, 06.07.2019
- CHE BGer, 5 December 1995, BGE 121 III 453.
- BverfGE 73, 339, CMLR 225 (1987) – *Solange II*.

Остали извори:

- Conclusion of Strasbourg European Council, *EC Bulletin* 12-1989.
- Conclusion of Madrid European Council, *EC Bulletin* 12-1989.
- European Commission, *Special Eurobarometer 292/2008 – Civil Justice in the European Union*, доступно на: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_292_en.pdf, 15.6.2019.
- European Commission, *Flash Eurobarometer 278/2009 – Business attitudes towards enforcement and redress in the internal market*, доступно на: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_278_en.pdf, 15.6.2019.
- European Commission, *European Business Test Panel. European Contract Law. Statistics*, Brussels 2010, доступно на: http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/2010/european_contract_law/index_en.htm, 12.3.2016.
- European Commission, *SME Panel Survey on the Impacts of European Contract Law*, Brussels 2011, доступно на: http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/report_sme_panel_survey_feb_2011_en.pdf, 12.3.2016.
- European Commission, *Flash Eurobarometer 320/2011*, доступно на: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_320_en.pdf, 15.6.2019.
- European Commission, *Why we need a Digital Single Market*, Brussels 2015, доступно на: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/dsm-factsheet_en.pdf, 15.6.2019.
- Ernst & Young Société d’Avocats, *Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*, Brussels 2009, доступно на: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf, 13.3.2016.
- Eurostat, *Intra-EU trade in goods*, доступно на: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Intra-EU_trade_in_goods_-_recent_trends#Main_statistical_findings, 2.12.2016.
- House of Commons Library, “How much legislation comes from Europe?”, research paper No. 10/62, 13 October 2010 (Vaughne Miller), 1; доступно на: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/RP10-62>, 25.10.2016.
- House of Commons European Scrutiny Committee, *Reasoned Opinion concerning a draft Regulation on a Common Sales Law for the European Union*, 47th Report of Session 2010-2012, London 2011, доступно на: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3S7ogPugPgwJ:www.ipex.eu/IPEXL-
WEB/dossier/files/download/082dbcc533b5feef0133eab106a221a1.do+&cd=6&hl=sr&ct=cln
k&gl=ba&client=firefox-b-d](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3S7ogPugPgwJ:www.ipex.eu/IPEXL-
WEB/dossier/files/download/082dbcc533b5feef0133eab106a221a1.do+&cd=6&hl=sr&ct=cln
k&gl=ba&client=firefox-b-d), 16.04.2019.
- Scottish Law Commission, *Eight Programme of Law Reform*, Edinburgh 2010, No. 220, доступно на: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/9412/7989/6877/rep220.pdf>.

- Scottish Law Commission, *Review of Contract Law: Discussion Paper on Interpretation of Contract*, Edinburgh 2011, Discussion Paper No 147, доступно на: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/7412/9829/2343/dp147.pdf>.
- Scottish Law Commission, *Review of Contract Law, Discussion Paper on Formation of Contract*, Edinburgh 2012, Discussion Paper No 154, доступно на: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/9513/3241/0632/dp154.pdf>.
- The Gallup Organization, *Flash Eurobarometer survey (No. 320): European contract law business-to-business transactions*, Analytical Report, Brussels 2011, доступно на: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/FLASH/surveyKy/965>, 20.3.2016.
- UK House of Lords, *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union: The Single Market*, London, 2013, доступно на: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldeucom/140/140.pdf>, 2.3.2016.
- UK Government (Department for Business, Innovation and Skills), “UK Government Response to the Green Paper“, London 2011, доступно на: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32274/11-1097-uk-government-response-eu-corporate-governance-framework.pdf, 16.4.2016.
- Monti, Mario, *A Strategy for the Single Market – At the Service of Europe’s Economy and Society*, Report to the President of the European Commission, 9 May 2010, доступно на: https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf, 1.3.2016.
- Koehler, Martin F., *Survey regarding the Relevance of the UN CISG in Legal Practice and the Exclusion of its Application*, October 2006, доступно на: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koehler.html>, 15.3.2016.
- Koskelo, Paulinee, „A national judge's perspective on the proposal for a CESL“, *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward* (Compilation of briefing notes, Workshop with the participation of EU National Parliaments), Brussels 2013, доступно на: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/474401/IPOL-JURI_AT\(2013\)474401_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/474401/IPOL-JURI_AT(2013)474401_EN.pdf), 25.3.2016.
- Kabacinska, Natalia, *Issues on the harmonisation of european contract law and the polish presidency proposal concerning an optional instrument*, Warsaw, 2011, доступно на: <http://en.zpc.wpia.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2011/01/European-Constitutionalism-paper-NKabaci%20C5%84ska.pdf>, 12.4.2016.
- Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, „Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession“, *RebelsZ 74/2010*, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>, 10.3.2016.
- http://europa.eu/pol/singl/index_en.htm, 21.10.2016.
- <https://www.gov.uk/review-of-the-balance-of-competences>, 25.2.2016.
- <http://stat.wto.org/TariffProfile/WSDBTariffPFView.aspx?Language=E&Country=E28>, 1.3.2016.
- <http://stat.wto.org/TariffProfile/WSDBTariffPFView.aspx?Language=E&Country=US>, 1.3.2016.

- www.scotlawcom.gov.uk, 13.3.2020.
- www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31, 4.11.2016.

БИОГРАФИЈА

Немања Пандуревић је рођен у Сарајеву 26. октобра 1986. године. Основну школу и гимназију завршио је у Источном Сарајеву, а основне академске студије на Правном факултету Универзитета у Београду 2010. године, са просечном оценом 9,06. Последњи семестар студија је похађао на Правном факултету Универзитета у Грацу у Аустрији. Мастер академске студије права завршио је на Европа институту Универзитета Сарланд, Сарбрикен, Немачка из области Европског права, специјализација Европско привредно право, Међународна трговина. Докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду уписао је 2013. године на Пословноправној ужој научној области.

У току основних академских студија похађао је летње школе у оквиру студијских међународних програма на „International Institute for Political and Economic Studies“, *Georgetown* Универзитета на Криту и „International Summer School Seggau“ у Грацу.

Као гостујући докторанд, у оквиру програма *Erasmus Mundus*, провео је два семестра школске 2014/2015. године на стручном усавршавању на Правном факултету Универзитета Масарик у Брну, Чешка Република.

Немања Пандуревић је био стипендиста Фондације Конрад Аденауер, Министарства просвете, науке и технолошког развоја, Фонда за младе таленте, Задужбине Луке Теловића – Требињца, Фонда „Др Милан Јелић“ и Општине Ново Сарајево. Награђен је наградом Правног факултета у Београду за одличан успех на основним академским студијама.

Након завршених основних студија радио је у Међународном кривичном трибуналу за бившу Југославију, а затим у Министарству за људска права и избеглице БиХ и Заводу за уџбенике и наставна средства Републике Српске. Тренутно је запослен у Министарству спољне трговине и економских односа БиХ на радном месту шефа кабинета министра.

Објавио је три научна рада.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора **Немања Пандуревић**

Број индекса **ДС 2013-34**

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Кодификација европског трговинског права продаје – поводи, потребе и перспективе“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, 27. мај 2020. године

Немања Пандуревић

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора **Немања Пандуревић**

Број индекса **ДС 2013-34**

Студијски програм **Право, Пословноправна ужа научна област**

Наслов рада **„Кодификација европског трговинског права продаје – поводи, потребе и перспективе“**

Ментори: **проф. др Мирко Васиљевић и проф. др Марко Ђурђевић**

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао ради похрањења у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, 27. мај 2020. године

Немања Пандуревић

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Кодификација европског трговинског права продаје – поводи, потребе и перспективе“

Дисертацију са свим прилозима предао сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.
Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, 27. мај 2020. године

Немања Пандуревић

1. **Ауторство** – Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прераде.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прераде.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце.

Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.